169
a
24

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
A
24
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO

DELLE

IPOTECHE.

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO

DELLE

IPOTECHE

DEL SIGNOR BARONE GRENIER.

PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE REALE DI RIOM, CAVALIERE DEGLI ORDINI REALI DI S. MICHELE, E DELLA LEGION D'ONORE.

VERSIONE ITALIANA

DEL SIGNOR TITO BERNI.

TOMO SECONDO.

NAPOLI,

PRESSO R. MAROTTA E VANSPANDOCH,
DALLA STAMPERIA FRANCESE, Strada S. Sebastiano, N.° 49.

1823.

Digitized by Google

TRATTATO

DELLE

IPOTECHE.

SEZIONE III.

Delle cose che sono, o no, capaci d'ipoteca. Indivisibilità dell' ipoteca e solidalità che ne risulta.

§. 1.°

Cose capaci, o no, d'ipoteca.

(Principj generali intorno a ciò ch'è, o non è, capace d'ipoteca.)

140. In questa materia, evvi il principio elementare, che non è capace d' ipoteca tutto quello che non è in commercio. L'articolo 2118 ✳ 2004 del Codice civile, dichiarando capaci d' ipoteca i beni immobili, soggiunge, *che sono in commercio*. Questa infatti è stata la condizione richiesta da tutte le legislazioni per la validità dell'ipoteca. Una moltitudine di leggi romane, ricordano questo principio, e lo ricongiungono all' altro che ò di già spiegato nel § 3, della prima sezione di questo capitolo, e il quale è, che si può ipotecare quello che si può vendere, essendo la facoltà d' ipotecare subordinata a quella di alienare. Legge 1.ª ff. *quæ res. pign.* L. 9, *eodem, de pignore et hypoth.*; e Dionigi Gotofredo su quest' ultima legge.

Crederei allontanarmi dal mio soggetto se m' impegnassi a spiegare quali sono le proprietà che sono, o no, in commercio, e quali, per conseguenza, quelle che possono, o no, vendersi. Ciò non dipende dai principj particolari delle ipoteche, ma dai prin-

cipj generali del dritto: d'altronde, questi principj che sono stati elevati a leggi da molti articoli del Codice civile, sono stati anche esposti da parecchi autori; essi sono talmente elementari, così conosciuti, e tanto comuni, ch'è difficile d'ingannarsi nel farne l' applicazione. Io esporrò dunque quelli soltanto relativi alle cose che, essendo in commercio, sono, o no, capaci d'ipoteca.

Perchè si possan formare idee precise a questo riguardo, bisogna combinare tutto il capitolo 1.°, tit. 1.° del lib. 2. del Codice civile, e specialmente l'art. 526 ✳ 449, cogli articoli 2118 e 2119 ✳ 2004 e 2005 dello stesso Codice. Il capitolo da me ora indicato contiene la classificazione della proprietà in beni mobili, beni immobili e dritti immobili. Si vede quello ch'è immobile per sua natura, quello che naturalmente è mobile, ma che prende il carattere d'immobile per effetto della sua destinazione, ed in fine quelle cose che divengono immobili per l' oggetto cui si riferiscono.

Ma di tutte le cose enunziate in questo capitolo, quantunque molte sien riputate immobili, pure convien determinare ciò che propriamente è capace d' ipoteca. Questo anche è stato fatto dalla legge coll'articolo 2118 ✳ 2004, che così si esprime: « Sono soltanto capaci d'ipoteca, 1.° i beni che sono in commercio, ed i loro accessorj riputati come immobili; 2.° l'usufrutto degli stessi beni e dei loro accessorj pel tempo della sua durata. » Da questa disposizione risulta, che le cose le quali sono veramente mobili in loro stesse, ma che sono riputate immobili per destinazione, sono tali accidentalmente e momentaneamente; cosicchè, se queste cose vengon separate dagl'immobili, della natura dei quali esse partecipavano, a motivo della loro adesione, esse ripigliano la loro qualità di mobili, ed allora si sottraggono all'ipoteca sotto alla quale erano com-

prese prima della loro separazione. Esse divengono mobili come tutte le altre supellettili, ed effetti meramente mobiliari, che giusta l'articolo 2119 ✳ 2005 non son capaci d'ipoteca: esso è così concepito: « L'ipoteca sopra i mobili non à luogo quando passano ad un terzo. »

Devo nondimeno far osservare, che ciò ch' io ò detto soffre qualche eccezione. Vi possono essere delle cose mobili per loro natura, ma immobili per adesione, che sebben tolte, o staccate momentaneamente per la loro propria conservazione, col disegno però di rimetterle, secondo la primitiva loro destinazione, sarebber sempre riputate immobili, e, per conseguenza, soggette all'ipoteca. È sempre la destinazione che conserva la qualità d'immobile. Intorno a ciò può consultarsi Pothier, nelle sue note sull'articolo 352, e seguenti della *Coutume d' Orleans* (1). Una decisione della Corte di cassazione, del 4 febbrajo 1817; *Denevers lo stesso anno, pag.* 115, à giudicato che le botti inservienti ad un lavoratorio di birra, per trasportarla ai compratori, si considerano come immobili per destinazione e son sempre sommesse all'ipoteca come il lavoratorio medesimo. Lo stesso si è anche deciso nel caso di una vendita isolata, fatta dopo la morte

(1) Il desiderio d'istruire à condotto questo savio autore ad entrare nelle più minute particolarità a questo proposito. Ei dice che i fiori si presumono far parte del terreno che gli ha prodotti o alimentati; anche le cipolle, ei soggiunge, che si scavano nel corso dell'inverno per esservi poi nuovamente piantate, conservano la natura del fondo *a causa della loro destinazione.* Riguardo ai fiori ed arboscelli che son nei vasi o nelle casse, non v' ha dubbio, dice l' autore, che debban riguardarsi come cose mobili. In qualche parte ò visto che si debbon considerar come immobili i pali, sebbene staccati dai tronchi, quando son conservati in massa per servire al prossimo lavoro delle vigne. Il vero si è, che ciò deve aver luogo, per le medesime ragioni dedotte da Pothier.

del debitore, e proseguita da un curatore dato all' eredità giacente.

Si può dire benanche che un' ipoteca data sopra un fondo colpisce tutt' i bestiami che vi sono addetti, e tutti gli altri oggetti, che, giusta l' art. 524 ✳ 447 del Codice civile, divengono immobili per destinazione, senza che vi sia d' uopo di una espressa stipulazione. La ragione si è, che l' accessorio siegue sempre di dritto il principale. Dee dirsi lo stesso degli accessorj di una casa, immobilizzati dall' articolo 525 ✳ 448 del Codice medesimo. La Corte reale di Riom, 1.ª camera, à deciso, il 31 agosto 1820, che i bestiami di una masseria, i montoni anche, e le pecore ch' eran compresi nelle doti della masseria date al colono, o affittatore, si comprendevan di dritto nella spropriazione di questo fondo, e nell' aggiudicazione, sebbene nell' una e nell' altra si fosse serbato il silenzio sul grosso bestiame, e sugli animali lanuti. Ciò dipende dallo stesso principio pocanzi esposto. L' articolo 2204 ✳ 2105 del Codice civile, dal quale si ricavava una conseguenza contraria, anzichè distruggerlo, conferma il principio. Una prova del fin quì detto si è, che in giurisprudenza è costante, non esser necessario lo stato estimativo prescritto dall' articolo 948 ✳ 872 del Codice civile, per una donazione tra vivi di cose mobili, se queste, mobili di loro natura, sieno animali od altre, divengono accessorie di un immobile donato.

Ma è essenziale il conoscere che vi sono alcuni dritti incorporali, e che ciò non ostante ànno il carattere di *dritti reali immobili*, e son capaci d' ipoteca, come ciò ch' è realmente immobile. Non bisogna confondere questi *dritti reali immobili*, con altri dritti, dichiarati immobili dalla legge per l' oggetto cui si riferiscono, che non sono capaci

d' ipoteca, come sarebbero le azioni tendenti a rivendicare uno stabile, di cui si è fatta parola nell' articolo 529 ✳ 452 del Codice civile. Tutto ciò che ha un carattere d'immobile, in opposizione a quello ch'è solamente mobile, non è per questo capace d' ipoteca.

Laonde, per *dritti reali immobili* capaci d' ipoteca, debbonsi intendere quei dritti che, quantunque incorporali, affliggono siffattamente l'immobile, che non ne possono essere staccati, che partecipano della natura dell'immobile, e che formano delle proprietà particolari, le quali possono esser godute da tutt' altro che dal proprietario medesimo dell' immobile il quale n' è gravato.

Un dritto di pascolo, di legnare, e di raccoglier ghiande che taluno avesse sulle proprietà rurali di un altro, posson noverarsi nella classe dei *dritti reali immobili*. Essi sono ordinariamente annessi ad un fondo e lo seguono. Un dritto, di cui non sono rari gli esempj, il quale consistesse nel far macinare ad un mulino tutto il grano per uso delle persone che abitassero una data casa, o in un dato fondo, tutti questi dritti, e gli altri simili, sono altrettanti *dritti reali immobili*, che al pari dello stesso fondo, ch' essi colpiscono, sono capaci d'ipoteca. A questi dritti si possono applicar le parole dell'articolo 2181 ✳ 2075 del Codice Civile ov' è detto: « I contratti che trasferiscono la proprietà degl'immobili, o i dritti reali considerati come immobili che il terzo vorrà liberare dai privilegj o dalle ipoteche, saranno trascritti ec. »

Quindi, dopo di quest'ultima osservazione, combinandosi gli articoli 2118, e 2181 ✳ 2004 e 2075, debbon considerarsi come cose capaci d'ipoteca 1.° gl'immobili propriamente detti; 2.° i loro accessorj riputati immobili, 3.° e i *dritti reali immobili* della natura di quelli da me ora indicati.

(I mobili non sono capaci d'ipoteche.)

141. L'art. 2119 ✳ 2005 à fatti sparire antichi usi che traevan la loro origine dal dritto romano, e che si eran conservati in alcune parti della Francia, in dove anche i mobili eran capaci d'ipoteche. Questa legislazione era molto viziosa, e contraria alla natura delle cose. Ben si ravvisa quanto esser doveva difficile di stabilire con una certa fermezza, un' ipoteca, sopra cose soggette a deperimento, e che possono facilmente scomparire.

La Corte di cassazione, con decisione del 17 marzo 1807, riferita da Denevers, *lo stesso anno pag.* 158, à giudicato che, sotto l'impero della legge di *brumaire* (novembre), il che pur dee dirsi del Codice civile, non poteva reclamarsi un'azione ipotecaria sopra cose mobili per crediti antichi, che, secondo alcune particolari costumanze, come quelle di Bretagna, producevano ipoteche tanto su i beni immobili che su i beni mobili. La difficoltà nasceva dal veder che era questo un dare effetto retroattivo alla legge. Ma vedevasi benanche, che questa precisamente era stata l' intenzione del legislatore. La Corte di cassazione giudicò che dalla combinazione delle disposizioni della legge di *brumaire*, dal suo insieme, ed anche dal Codice civile, risultava, l'ipoteche su i mobili non aver più luogo, *tanto pel passato che per l'avvenire* (1). D' altronde non sa concepirsi la possibilità

(1) I magistrati non debbon mai permettersi di dare un effetto retroattivo alle leggi, *art.* 2. ✳ 2 *del Codice civile*: ma essi vi sono obbligati quando la legge stessa dispone retroattivamente. Il principio che le leggi non guardano il passato è consecrato dalla legge 7. *Cod. de legibus*: ma vi si legge questa modificazione: *Nisi nominatim, et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis gestum sit* Il legis-

della iscrizione, relativamente ai beni mobili. Questa iscrizione, per verità, è richiesta rapporto agli altri oggetti che anticamente eran capaci d'ipoteca, e che per effetto delle nuove leggi àn cessato di esserlo, tali sono le rendite di cui parlerò in seguito. Ma in questo caso, sebben tali oggetti fossero dei dritti incorporali, immobili soltanto per finzione di legge, nondimeno la iscrizione era possibile. Quindi dalla disposizione dell' art. 2118 ✳ 2004 del Codice civile, si ricava un' importante conseguenza, e che formerà la base principale di tutto quello ch' io dovrò dire in questo paragrafo: essa è che dopo i beni immobili, e i loro accessorj riputati immobili, non vi è che l' usufrutto di questi beni medesimi che sia capace d' ipoteca, pel tempo della sua durata.

(Della immobilizzazione de' frutti, o somme che li rappresentano, in favor dei creditori. Spiegazione de' principj relativi a ciò. Casi nei quali se ne fa l' applicazione).

142. Ma dall' essere in generale gl'immobili le sole cose capaci d' ipoteca, e dall' avervi le leggi sottoposti i soli frutti pendenti, non bisogna conchiuderne che questi frutti, anche dopo della loro raccolta, o le somme che li rappresentano, non possano esser sequestrati dai creditori iscritti sul fondo che gli à prodotti, per esser distribuiti fra loro secondo il grado delle loro ipoteche. Era un antico principio, che i frutti, o le somme che li rappresentano, s' immobilizzavano in favor de' creditori. D' Hericourt, *de la vente des immeubles*, *chap.* 11 n.° 1.°, dava come principio ammesso senza difficoltà nella pratica, che « la graduazione è un giudizio che determina il grado in cui i creditori che àn fatta

---

latore dev' esser sobriissimo in ordine alle retroattività; e fortunatamente gli esempj ne sono rari.

opposizione al decreto debbono esser soddisfatti dei denari derivanti dal prezzo del fondo venduto, *e da quelli che trovansi presso de' commessi per le spropriazioni, provenienti dagli affitti giudiziarj dei fondi medesimi*, secondo l'ordine dei privilegj e delle ipoteche, o come creditori chirografarj, per coloro che non hanno ipoteca ». *Pothier Introduc. au titre* 21 *de la Cout. d'Orl. n.* 123 *e* 124, diceva che l'ordine è il grado in cui l'espropriante, e ciascuno degli opponenti, debbono esser pagati sul prezzo dell'aggiudicazione, *e sulle rendite percepite dopo la spropriazione dal commesso.* I creditori, ei soggiugneva, debbono esser pagati secondo l'ordine de' loro privilegj ed ipoteche, *sulle rendite*, come sul prezzo dell'aggiudicazione: mentre, per la spropriazione del fondo, *essi hanno acquistato il dritto di goderne in soddisfazione de' loro crediti*, secondo il loro grado.

Fra noi, lo stesso principio sorge dell'art. 2166 ✳ 2060 del Codice civile. Questo articolo attribuisce al creditore iscritto, un dritto sul fondo gravato dall'ipoteca *in qualunque mano questo faccia passaggio.* Di là risulta che dopo l'iscrizione, e semprecchè si esercita il dritto, figlio dell'ipoteca, sul fondo, niuno può goderne in pregiudizio dei creditori. I frutti, al pari del fondo, divengono l'oggetto dell'ipoteca, ed il pegno del credito. Le somme che li rappresentano, debbono essere, al pari del prezzo del fondo medesimo, distribuite secondo il grado delle ipoteche.

Io son di avviso che questo vincolo dei frutti, e delle somme che ne provengono in favor dei creditori, non ha luogo se non quando vi è per parte loro un esercizio di dritto ipotecario. A questo riguardo devo far osservare, onde evitare ogni sorta di confusione d'idee, che la sola iscrizione, a parlar giustamente, non è un atto con cui si esercita la

ipoteca; non à il carattere di tutto quello ch' è conseguenza dell' ipoteca, ed è soltanto un segno dell' esistenza dell'ipoteca, onde i terzi la conoscano. Ma questa ipoteca non ancora è in azione, poichè la iscrizione può essere cancellata per mezzo della soddisfazione ed estinzione del credito. Quest' azione non comincia che colle procedure, l' oggetto della quale si è di giungere al rilascio, ed alla spropriazione del fondo ipotecato, afin di ottenere il pagamento del credito, ch' è lo scopo di ogn' ipoteca. Talchè la sola iscrizione non impedisce che il debitore non abbia la piena proprietà del fondo che egli à dato in ipoteca, e non goda di tutt' i dritti inerenti alla proprietà. Questa idea è la chiave di molti principj in questa materia, e merita una particolare riflessione. Che perciò, tranne il caso dell' esercizio dell' ipoteca, di cui ò parlato, e se per esempio si trattasse di sequestri e pignoramenti fatti di affitti scaduti prima che il pignoramento fosse denunziato, allora si dovrebbe procedere fra i creditori sproprianti, come ordinariamente si pratica in fatto di sequestri e pignoramenti di beni mobili.

La conseguenza del principio or ora da me esposto, e che deriva dell' art. 2166 ✳ 2060, si rinviene nell' art. 689 ✳ 767 del Codice di procedura. I frutti raccolti dopo la denunzia fatta al debitore saranno considerati come stabili, per essere distribuiti unitamente al prezzo di questi, *secondo l'ordine dell' ipoteche.* Se i fondi pignorati non sono appigionati o affittati, l'art. 688 ✳ 766 vuole che il debitore ritenga il possesso degli stabili pignorati fino al momento della vendita: come un depositario giudiziario, purchè non sia diversamente ordinato dal giudice in conseguenza dei richiami di uno o di più creditori. L'art. 691 ✳ 759, regola quindi l' effetto della locazione, nel caso in cui una n'esistesse al momento del pignoramento. Se l' affitto non abbia una data certa anteriore al precetto di pa-

gamento, può pronunziarsi la nullità dell'affitto, ove i creditori o l'aggiudicatario la dimandino. Se poi l'affitto ha una data certa, i creditori potranno sequestrare le pigioni egli affitti; e nel caso che questi sieno *scaduti dopo la denunzia fatta al debitore*, dovranno riputarsi come i frutti dei *quali si è fatta menzione nell' art. 689 ✳ 767*.

Ho dovuto ravvicinare questi tre articoli 688, 689, e 691 ✳ 766, 767, 769 del Codice di procedura, coll' art. 2166 ✳ 2060 del Codice civile, affin di stabilire l'importante principio della immobilizzazione dei frutti, come una conseguenza dell'immobile gravato d'ipoteca. E per effetto della immobilizzazione de' frutti, o delle somme che li rappresentano, il debitore non può far nulla che nuoccia ai creditori, per questa parte. Esso non può pregiudicare ai loro dritti, con un affitto che avesse il carattere della frode, che fosse fatto per molti anni, e che contenesse la quietanza degli estagli pagati anticipatamente. Ora l'art. 691 ✳ 769 è stato causa di gravi difficoltà per l'efficacia degli affitti nel caso in controversia. E queste difficoltà sono troppo strettamente connesse col principio della immobilizzazione de' frutti, per non poter tralasciare di quì ragionarne.

Ben si ravvisa, quanta diligenza ed attenzione usar conviene nel determinar l'effetto che dee avere l'affitto di un fondo fatto da un debitore nelle circostanze di cui si tratta. Si comprende con quanta facilità questo debitore, abusando del principio che l'ipoteca, nè l'iscrizione, non lo spogliano della proprietà, diminuir potrebbe il pegno dei crediti, con un affitto a lungo tempo, specialmente se questo affitto contenesse la quietanza degli estagli pagati anticipatamente per tutta la durata dell'affitto. Appena si vedrebbe minacciato da una procedura di spropriazione, egli potrebbe, facendo un

simile affitto, volgere a suo particolar profitto anche una parte della proprietà ipotecata: manovra che ricadrebbe evidentemente a danno dei creditori. Nell' antica legislazione vi era un principio che ovviava a simili inconvenienti. Gli affitti non potevano eccedere i nove anni; ed i pagamenti degli estagli non potevano esser fatti con anticipazione, in pregiudizio dei terzi, se non per un anno. Era questo un mezzo da impedir le frodi. Ma non si trova lo stesso rimedio nella nostra attuale legislazione: essa non à ristretta la durata degli affitti, e non à vietato il pagamento anticipato di più d'un anno di estaglio, a fronte dei terzi.

Qual' è il risultamento dell' art. 691 ✳ 769 del Codice di procedura? Questo articolo prende di mira l'epoca in cui un affitto di un fondo, fatto dal debitore, potrebb' esser sospetto. Quest' epoca è quella del precetto di pagamento. Se l' affitto non à una data certa prima di questo precetto, la legge lo à come fraudolento, e potrà pronunziarsene la nullità; se poi l' affitto à una data certa prima del precetto, allora i creditori non hanno altra facoltà se non quella di pignorare e sequestrare i fitti, o pigioni, ed in questo caso, giusta i principj dell' immobilizzazione de' frutti, dal momento che si esercita l' ipoteca, degli affitti o pigioni scaduti *dopo la denunzia fatta al debitor pignorato*, se ne farà quello che si è detto nell' art. 689 ✳ 767 di doversi fare dei frutti in quell'articolo menzionati, vale a dire, che questi pigioni ed affitti verran distribuiti col prezzo dell' immobile, *secondo l' ordine d' ipoteca.*

Ma quando in questo articolo si è detto che, ove l' affitto abbia una data certa prima del precetto di pagamento, i creditori potran sequestrare e pignorare le pigioni o gli estagli, l'articolo suppone necessariamente che l' affitto non contenga quietanza

degli estagli e pigioni anticipati, e che questi debban trovarsi presso del pigionante o affittatore. Nondimeno, il pagamento anticipato può essere stato stipulato nel contratto di locazione o di fitto, quand' anche vi fosse una data certa prima del precetto, ed in questo caso l' affitto dev' essere eseguito? Come rifare il danno che derivar potrebbe ai creditori che non avranno la facoltà di pignorare e sequestrare le pigioni e gli estagli de' quali parrebbe essersene liberato il pigionante e l'affittatore? Ecco la difficoltà di cui non trovasi lo scioglimento nè nell' art. 691 ✳ 769, nè in alcun altro.

Tale difficoltà fu motivo di vivissime premure per parte del Tribunato, quando fu fatta la redazione del Codice di procedura. Il signor Tarrible à, in prosieguo, manifestata la stessa premura, in una discussione da lui intavolata a questo proposito, nel suo articolo inserito nel *Répertoire de jurisp.* alle parole *Tiers Détenteurs num.* 4. Affin di prevenir le frodi, la sezione di legislazione del Tribunato propose d' inserire due articoli in seguito dell' art. 691 ✳ 769. Il primo era così concepito: « I contratti di affitto o di locazione, sia qualunque la loro durata, saranno eseguiti per tutto il tempo convenuto, se, allorchè furon fatti, non vi erano iscrizioni ipotecarie prese su i fondi. Ove in quell' epoca vi fosse stata una o più iscrizioni ipotecarie, la durata di essi sarà sempre ristretta, relativamente all' aggiudicatario, alla più lunga durata degli affitti, secondo l' uso dei luoghi, a contar dall' aggiudicazione, salva ogni azione contra il debitore pignorato. »

Il secondo articolo era così concepito: « Nel caso in cui al tempo dell' affitto o locazione, vi fossero state delle iscrizioni ipotecarie sugl' immobili, i pagamenti fatti con anticipazione dal fittajuolo o pignorante, non saranno ammessi, contra i creditori

e l' aggiudicatario, se non per l' annata in cui l' aggiudicazione vien fatta. »

Da ciò si scorge che, nel sistema del Tribunato, sceglievasi l' epoca della iscrizione per determinar la presunzione della frode, laddove, secondo lo spirito dell'art. 691 ✳ 769, determinavasi solo all' epoca del precetto di pagamento.

Il Signor Tarrible è pei due articoli proposti dal Tribunato. Ei conveniva che i due articoli non erano stati accolti, ma dicea, che le loro disposizioni, specialmente per ciò che concerne i pagamenti anticipati, eran tanto sagge e tanto giusti, che l' essere stati rigettati non può attribuirsi ad altro, tranne che all' opinione in cui esser doveva il consiglio di stato, che le altre disposizioni cioè, del Codice, eran sufficienti per ottenere lo stesso scopo. Il signor Tarrible, seguendo la sua idea, si abbandona ad una lunga discussione, cui mi contento di rinviare, affin di stabilire come positivo il principio che il prolungamento dell' affitto di un fondo per molti anni, ed il pagamento anticipato degli estagli debbano essere annullati come atti che offendono i dritti del creditore risultanti dalla sua ipoteca iscritta. Ei paragona questi due casi con quello di un usufrutto costituito a favor di un terzo sull' immobile ipotecato; quale usufrutto, potrebb' essere indubitatamente pignorato con azione ipotecaria, come accadrebbe colla proprietà stessa.

Ma sentiamo quel che dice Locré nell' opera intitolata: *Esprit du code de procedure*, opera che contiene un' analisi esattissima delle discussioni ch' ebber luogo quando questo Codice fu redatto, ed un' analisi già fatta delle discussioni che precederono il Codice civile. Egli ne parla nel tomo 5. art. 691 ✳ 769. Si osservi che l' opera di Locré venne fuori dopo la stampa del Repertorio di giu-

risprudenza, ove trovavasi inserito l'articolo del signor Tarrible. Il signor Locré riferisce i due articoli proposti dal Tribunato. Egli fa conoscere i motivi su i quali fondavansi. È facile il comprendere questi motivi. L'affitto di un fondo, che avesse una data certa, essendo fatto colla quietanza degli estagli anticipati, in un'epoca nella quale non vi erano iscrizioni, i creditori non avevan di che querelarsi, poichè in quell'epoca il proprietario potea liberamente disporre del fondo; avrebbe potuto venderlo ed ipotecarlo validamente. Laddove se l'affitto del fondo fosse stato fatto dopo che le iscrizioni eran già prese, questo affitto sarebbe sospetto, essendo fatto per molti anni, e col pagamento degli estagli anticipati. E quand'anche non vi fosse anticipazione degli estagli, la durata molto lunga dell'affitto incomoderebbe l'aggiudicatario. Che se poi vi fosse il pagamento anticipato degli estagli, la lunga durata dell'affitto, senza l'annual pagamento, diminuirebbe il valore del fondo.

Il signor Locrè dice in seguito: Queste disposizioni (contenute nei due proposti articoli) avrebbero intrecciato troppo le transazioni e l'uso della proprietà. *Si è dunque persistito* a non riguardar come sospetti se non gli affitti fatti *dopo il precetto del pagamento*; e si è autorizzato il sequestro degli estagli e pigioni. Del resto, ognun sa che se vi fosse stata frode, i creditori potrebbero andar più oltre, poichè il caso di dolo viene eccettuato da tutte le regole. In fatti si conoscono, a questo riguardo, le disposizioni delle leggi romane, quelle dell'art. 1167 ✳ 1120 del Codice civile, e dell'art. 445 ✳ 437 del Codice di commercio. Ben si vede qual'impressione dee produrre l'analisi fatta dal signor Locré, e quale si fu la vera cagione, per cui i due articoli proposti dal Tribunato vennero rigettati.

Quale intanto sarà la conseguenza che dee dedursi dall' art. 691 ✳ 769? Eccola. Giusto perchè il contratto di affitto di fondi o di case à una data certa prima del precetto di pagamento al debitore, esso ancorchè contenesse la stipulazione degli estagli o pigioni anticipati, non sarebbe nullo di dritto. Ma tutt' i mezzi di nullità, per causa di dolo o di frode, possono opporsi dai creditori, e da tutte le parti interessate. I tribunali conviene che sian severi, quando si tratterà di valutare, dietro fatti permanenti, un affitto convenuto in simili circostanze, specialmente quando vi sono estagli o pigioni anticipati.

Finora, in ordine alle frodi dalle quali può esser viziato un contratto di affitto, non mi sono occupato se non del caso in cui l' esercizio dell' azione ipotecaria tendesse alla spropriazione forzata, come quello nel quale la frode, per parte di un debitore, è più da temersi, e nel quale infatti suol più comunemente praticarsi. Nondimeno, astrazion facendo dall' affitto di un fondo, e dall' applicazione delle disposizioni contenute negli articoli 688, 689, e 691 ✳ 766, 767, e 769 del Codice di procedura, potrebbe accadere che una vendita fatta da un debitore, contenesse delle clausole in pregiudizio solo dei creditori iscritti sul fondo venduto, ed allora convien regolarsi coi principj generali, stabiliti, in fatto di frode, essendo il caso della frode sempre eccettuato nelle disposizioni delle leggi.

Quindi, giusta l'art. 692 ✳ 771, del Codice di procedura, a contar dal giorno in cui vien denunziato il pignoramento, il debitor pignorato non può alienare gl' immobili, sotto pena di nullità. Nondimeno, giusta l' art. 693 ✳ 772, l'alienazione fatta in tal guisa sarà valida, s' è fatta con condizioni, che, quando si eseguono, escludono ogn'idea di frode.

Quanto ad una vendita fatta dal debitore, anche allora ch'esistessero delle iscrizioni, è manifesto che l'esistenza di queste iscrizioni non influisce per nulla sull'effetto della vendita. Non vi potrebbero essere altre clausole pregiudiziali ai creditori, tranne quelle che riguardano gl' interessi del prezzo. Ora, che cosa mai vietar potrebbe che il compratore non paghi gl' interessi del prezzo al venditore? Non sarebbero da lui dovuti ai creditori, che in due casi, ad onta di qualunque clausola contraria apposta nel contratto di vendita. Il primo, se, pria d' ogni misura per liberare il fondo, fosse fatta un intimazione al compratore, a termini dell' art. 2176 ✳ 2079 del Codice civile; da questo momento il terzo possessore deve il godimento del fondo, ed un simile godimento vien rappresentato dagl' interessi; il secondo, se, non essendovi stata intimazione, il compratore prendesse le sue misure per liberare il fondo, osservando le formalità prescritte dall' art. 2183 ✳ 2082 dello stesso Codice. Egli è tenuto, a norma dell'art. 2184 ✳ 2083, a dichiarare ch' egli è pronto a soddisfare il prezzo della vendita, e sarebbe un assurdo se non dovesse gl'interessi di questo prezzo a contar dalla dichiarazione. Nè potrebbe dedursi veruna conseguenza dalla disposizione dell' art. 691 ✳ 769 del Codice di procedura, per giustificare, in caso di vendita, un pagamento anticipato degl' interessi del prezzo, in pregiudizio dei creditori. I casi sono diversi, e in una quistione di simil fatta non deve estendersi un caso all' altro. Ciò, trattandosi di una vendita, è tanto più vero, per quanto la presunzione è sempre, a fronte de' creditori, che il compratore si sia impadronito del prezzo della vendita, e che se lo à versato non ha potuto farlo se non colla condizione di versarlo a vantaggio dei creditori, una cogl' interessi, a contar dall'epoca in cui dovrebbeto correre a loro profitto.

Giova il conoscere, a questo proposito, una decisione della Corte di cassazione del 3 novembre 1813, riferita da Denevers, *lo stesso anno pag. 556.* Vi si vedrà la conferma dei principj relativi alla immobilizzazione dei frutti in favor dei creditori, e si formeran delle idee circa le frodi che posson commettersi per impedire l' effetto di questa immobilizzazione.

Ecco la specie di questa decisione. Il sig. Binda, debitore della signora di Montaleuge, con atti notariali del primo e sette febbrajo 1809, aveva ceduti a questa, in pagamento, tutte le pigioni dovute fino al mese di settembre 1810, dai pigionanti di una casa di proprietà sua. La signora di Montaleuge fece in seguito denunziar l' atto di cessione agli affittatori. Ma con atto avanti notajo, del 3 novembre dello stesso anno 1809, il sig. Binda vendè la sua casa al sig. Merletti per 15,000 franchi. Il compratore promise di pagare ai creditori del venditore, dopo un giudizio di graduazione, il valor della compra, una cogl' interessi dal dì della vendita, in compenso delle pigioni ch' egli avrebbe percepite a contar dallo stesso giorno. Il sig. Merletti fece trascrivere il contratto di compra-vendita, e lo intimò ai creditori iscritti. Egli avea pagati gl' interessi del prezzo, a contar dal dì del contratto, ai creditori, con surrogazione di dritti. La graduazione si aprì. La signora Montaleuge, ed il sig. Merletti reclamarono a vicenda, l' una in preferenza dell' altro, i pigioni anche scaduti posteriormente alla vendita, cioè, la signora Montaleuge, per essersene impadronita in virtù della cessione denunziata, ed il sig. Merletti, per un dritto d' ipoteca sulle stesse pigioni, essendo stato surrogato ai dritti dei creditori iscritti. La pretenzione del sig. Merletti fu accolta. Per brevità rinvio alla discussione rapportata nella Raccolta: trascriverò

soltanto i principali motivi della decisione. « Attesocchè risulta dalla disposizione dell' art. 2166 ✳ 2060 che i creditori privilegiati, ed ipotecarj su di un fondo, hanno dritto non solo sul prezzo dell'alienazione di questo fondo, ma benanche sugl' interessi del prezzo, dal dì dell' alienazione. Ch' effettivamente a contar dall' alienazione fatta dal debitore, o pronunziata contro di lui, l' intero prezzo della vendita volontaria, o della aggiudicazione forzata è, e dev' essere distribuito ai creditori iscritti fino alla concorrenza dei loro crediti, e che questo prezzo si compone non solo della somma principale fissata per la compra, ma anche degl' interessi maturandi *che sono un accessorio del principale*: donde siegue che i creditori iscritti hanno dritto a quest' interessi, non ostante qualunque vendita o cessione che potrebbe essere fatta dal debitore, o di questi interessi o dei frutti che li rappresentano; che altrimenti, il debitore minacciato di una spropriazione forzata, o avendo l'intenzione di vendere, potrebbe offendere impunemente i dritti dei suoi creditori iscritti, ed arricchirsi col loro danno, facendo vendite e cessioni, per determinate somme in contanti, dei frutti del fondo ipotecato, per un lungo corso di anni da scadere. Che anche l' art. 2091 ✳ 1961 dispone espressamente che l' anticresi convenuta dal debitore non porta verun pregiudizio alle ragioni che potessero spettare ai terzi, sopra gl'immobili dati a titolo di anticresi; e l' anticresi non altro essendo che la cessione dei frutti di un immobile, è chiaro che la cessione dei frutti maturandi dopo l'alienazione dell' immobile, non può, al par dell'anticresi, essere opposta ai terzi che hanno un dritto ipotecario sul fondo alienato. »

O' trascritta questa decisione della Corte di cassazione, principalmente per istabilire il principio

della immobilizzazione dei frutti, e per dimostrare che questa immobilizzazione poteva aver luogo tanto nel caso di una vendita volontaria, quanto in quello di una espropriazione forzata di un fondo. Nondimeno, stando all' espressioni un poco troppo generiche dei motivi di questa decisione, si potrebbe credere che, nel caso di una vendita volontaria, l' immobilizzazione dei frutti possa aver luogo indefinitamente in favore dei creditori iscritti, a contar dalla vendita stessa. Ma queste espressioni non van prese letteralmente. Non vi è immobilizzazione di frutti dopo la vendita: le sole iscrizioni non posson menomare il dritto di proprietà del venditore, in forza del quale può disporre dei frutti, ed il compratore che lo rappresenta ha gli stessi dritti. Nel caso di vendita volontaria, l'immobilizzazione non può avvenire se non quando vi son degli atti che comprovano l' esercizio dell' ipoteca per parte dei creditori. Ve n' erano infatti nella causa di cui ò fatta menzione; talchè la generalità dei suoi motivi dev' esser modificata secondo le circostanze che posson dar luogo all' immobilizzazione. Del resto veggasi quel ch'io dirò nella sezione 4, del 1. cap., della 2. parte, ov' io tratto la quistione, da quale giorno il compratore che prende le sue misure per liberare il fondo delle ipoteche, deve ai creditori iscritti gl'interessi del prezzo della vendita.

(Dell' enfiteusi.)

143. In ordine all' enfiteusi, dee porsi mente ad una differenza ch' esiste fra la legge di *brumaire* (novembre) ed il Codice civile. Questa legge, coll'art. 6, indicava, come immobile capace d' ipoteca, tanto il godimento di esso *a titolo d' enfiteusi*, quanto l' usufrutto pel tempo della sua durata,

laddove l'art. 2118 ✳ 2004 del Codice civile serba il silenzio sul godimento a titolo di enfiteusi. Donde risulta che il godimento di un fondo concesso a canone enfiteutico, che non sarebbe altro se non una specie di affitto a lungo tempo, col peso di far delle piantagioni e migliorie, il che non va tra le convenzioni ordinarie dei contratti di affitto, non sarebbe una cosa capace d'ipoteca. In questa circostanza bisognerebbe seguir le regole del pignoramento dei frutti. Il dritto del fittajuolo o del locatario, per lungo che sia l'affitto, non è un dritto sulla cosa, *jus in re*, ma solamente un azione personale contra il proprietario *ut præstetur ipsi frui licere*. E i frutti, essendo raccolti e divenendo mobili, il dritto del fittajuolo essendo diretto ad acquistar dei mobili, è un dritto meramente mobiliare.

Dell'ipoteca sull'usufrutto. Consolidazione dell'usufrutto colla nuda proprietà solamente ipotecata. Dell'alluvione.)

144. L'usufrutto è stato in tutt'i tempi capace d'ipoteca, poichè, a differenza del dritto di godere che à un fittajuolo, esso è un dritto reale, *jus in re*, quindi un dritto immobile, e capace di essere spropriato (art 2204 ✳ 2105 del Codice civile.) Tutto ciò è tanto vero che il ministro delle finanze e quello della giustizia colle loro istruzioni del 7 e 22 marzo 1807, decisero che le iscrizioni dovevano prendersi di officio per la conservazione di un usufrutto riservatosi dal venditore o dal donante. Queste iscrizioni si fondano sulla ragione che l'usufrutto non è un *credito*, ma una proprietà *immobile*, *un dritto reale*, e che l'acquirente non può trasferire ad un terzo dritti maggiori di quelli ch'egli ha. In esse dicesi ancora, che ciò convien che sia praticato del pari nel caso di riserva di un dritto *di uso o di abitazione*, in favore del

venditore o donante, sebben questi dritti sieno delle servitù personali ed incapaci di cedersi: siffatte istruzioni son riferite da Sirey, *anno 1809, pag. 229, 2. part.*

È qui importa moltissimo l' osservare, che quando la nuda proprietà d' un immobile è stata ipotecata in un' epoca in cui l' usufrutto apparteneva ad un altro, quando quest' usufrutto, per la morte dell' usufruttuario, o per la cessione da questo fatta al proprietario, si consolida colla proprietà, l' ipoteca, quantunque costituita sulla nuda proprietà, cade sulla proprietà piena, vale a dire, sopra ciò che prima formava e la nuda proprietà e l' usufrutto. Questa è la disposizione della legge 18, ff. *de pignorat. act. §. 1.*: *Si nudas proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea adcreverit, pignori erit.* Mornac su questa legge, ricorda la massima, *quod accedit pignori, pignus est.* Il dritto incorporale immobile essendo riunito all' immobile, cui si applicava, non rimane che una sola cosa, ch' è l' immobile stesso esente da ogni peso.

Dicasi la medesima cosa, per una simile ragione, di ciò che si unisce, e si accresce al fondo ipotecato per effetto dell' alluvione di cui parla l' art. 556 ✳ 481 del Codice civile. *Eadem causa est alluvionis*, dice la legge 18, qui sopra citata, dopo aver parlato del modo col quale si consolida l' usufrutto alla proprietà. È questa benanche la disposizione della legge 16, ff. *de pignor. et hypoth. Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione major factus est; totus obbligabitur.* Bisogna osservare che l' usufruttuario gode dell' incremento prodotto dall' alluvione, come il proprietario, a norma dell' art. 596 ✳ 521 del Codice civile, e per conseguenza, quell' incremento rimane soggetto alla stessa ipoteca che gravitava sull' usufrutto.

Può chiedersi, se l'usufrutto di una proprietà già ipotecata, essendosi consolidato con questa proprietà, possa in seguito il debitor proprietario far rivivere questo usufrutto in favor di un altro, e non lasciar sotto al giogo dell'ipoteca che la nuda proprietà che vi era sommessa. Bisogna stare per la negativa. La consolidazione dell'usufrutto alla proprietà fa di queste due cose un tutto che da questo istante è soggetto all'ipoteca, e poichè questa ipoteca à cominciato ad esistere, non può più essere distrutta o diminuita pel solo fatto del debitore, col pregiudizio del creditore. Il dritto di consolidazione, o di riunione, giova tanto a l'uno quanto all'altro secondo i loro rispettivi interessi. Non vi è più differenza alcuna tra questo caso e quello in cui la proprietà piena ed intera fosse stata ipotecata, quando non vi era alcun dritto di usufrutto stabilito in favor di un altro. L'ipoteca della nuda proprietà à potuto darsi coll'idea dell'aumento della sicurezza di questa ipoteca, per effetto della riunione dell'usufrutto. In una parola, l'art. 617 ✳ 542 del Codice civile fa finir l'usufrutto colla consolidazione, o sia riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario.

(Del caso in cui quegli che à ipotecato l'usufrutto soltanto, divien quindi proprietario anche del fondo).

145. Ma i principj relativi alla consolidazione dell'usufrutto alla nuda proprietà già ipotecata, non sono gli stessi di quelli coi quali convien regolarsi nel caso in cui quegli che avesse ipotecato soltanto l'usufrutto, divenisse in seguito proprietario del fondo per compra, o per altro mezzo. Non vi è reciprocanza fra la consolidazione dell'usufrutto alla proprietà, e quello della riunione della proprietà nella persona di colui che prima ne aveva l'usufrutto;

talchè, se taluno à ipotecato solo l'usufrutto ch'egli aveva d'un fondo, la riunione che si opera dopo nella sua persona della proprietà, non farà gravitare su questa proprietà nè l'ipoteca speciale, nè le iscrizioni prese sul solo usufrutto. Ed affinchè il creditore avesse un'ipoteca sulla proprietà, dovrebbe avere a se specialmente ipotecata questa proprietà, e dovrebbe prendere una particolare iscrizione, in conseguenza di questa ipoteca. Non vi sarebbe però niuna precauzione da prendere in questo caso, se si trattasse di un'ipoteca legale che, di sua natura, cade sopra tutt'i beni presenti e futuri del debitore. Sarebbe lo stesso di un'ipoteca generale, come sarebbe la giudiziaria, quando vi fosse un'iscrizione su tutt'i beni presenti e futuri che perverrebbero al debitore nella provincia dell'uffizio della conservazione ove l'iscrizione fu presa.

Renderò più semplice il motivo di questa decisione. Lo estendersi dell'ipoteca sulla proprietà all'usufrutto che vi si consolida, trae la sua origine dalla natura dell'usufrutto rispettivamente alla proprietà. L'usufrutto che appartiene ad un terzo su di una proprietà, e che viene ad estinguersi, si riunisce alla proprietà per una specie di accessione, ch'essendo puramente civile, non esiste altrimenti di quel che esisterebbe essendo naturale. L'usufrutto sebbene sia un dritto sulla cosa, e sebben sia dichiarato un dritto immobile per l'oggetto cui si riferisce, pure non è la cosa medesima. La cosa esiste sempre, sia che si voglia dell'usufrutto. La riunione dell'usufrutto alla cosa ne accresce il valore; ma questa cosa esiste sempre, indipendentemente da questo valore, ed è sempre una specie di proprietà, ch'è una cosa affatto diversa dall'usufrutto col quale essa non era confusa. L'usufrutto che si è estinto non à più valore; poichè questo si accresce alla cosa ch'era soggetta all'usufrutto, e questa cosa, col-

l' addizione del nuovo valore, riman soggetta all'ipoteca dalla quale era gravata. Avviene in questo caso quel che avviene nel caso della estinzione di un peso o di una servitù, cui il fondo ipotecato sarebbe soggetto: l'ipoteca siegue il fondo ipotecato nel nuovo stato in cui si trova, sia per effetto dell'aumento, sia per effetto delle diminuzioni forse sopraggiunte. Quando la legge *18, ff. de pign. act.* già citata, vuol che l' usufrutto che si estingue cada sotto l'ipoteca che gravita sul fondo ipotecato, indica il motivo dell' accrescimento dell'usufrutto al fondo, e paragona questo caso a quello dell'alluvione: essa identifica la causa di questi due accrescimenti: *eadem causa est alluvionis.* Ora ben si scorge che dall' accrescersi l' usufrutto alla proprietà, non può conchiudersene che si accresca la proprietà all' usufrutto. Non si concepisce altra riunione se non di ciò che prima non esisteva, o che aveva una momentanea esistenza ad una cosa che ha un' esistenza permanente.

(Che cosa n' è in questo caso, dell' usufrutto ipotecato ?)

146. In questo caso l'usufrutto riman tal quale egli era prima che si fosse ipotecato. Se il debitore denega a colui al quale avea di già ipotecato l'usufrutto, un'ipoteca speciale sulla nuda proprietà, che quindi è divenuta sua, o se anche ipoteca specialmente ad un' altro questa nuda proprietà, è chiaro che l' usufrutto, come per lo innanzi, continua ad essere ipotecato per tutto il tempo ch'esso dura. Una cosa è l'usufrutto, un' altra cosa è la nuda proprietà: ambe queste cose sono distinte fin da che l' usufrutto fù separato della proprietà. È fuor d'ogni dubbio che il proprietario di un fondo può costituir validamente un dritto d' usufrutto su questo medesimo fondo, con atti ordinarj, e non con disposi-

zioni gratuite. Questa è la disposizione precisa della legge 5 ff. *de usufr.* e del §. 1.° del tit. 4. delle Istituzioni, lib. 2. Può riscontrarsi Vinnio su questo §. n.° 2. Ciò posto, non sa vedersi perchè colui, che di semplice usufruttuario ch' egli era, diviene in seguito proprietario, non sarebbe obbligato di lasciar l' usufrutto gravato da quella ipoteca alla quale fu lo stesso usufrutto sommesso. L'ipoteca rimane, sien pur quali si vogliano i cambiamenti avvenuti, finchè siffatti cambiamenti non dipendono dalla volontà del debitore. Questi non può diminuir, sia direttamente, sia indirettamente, l'ipoteca data. Ma ben si vede però che un'ipoteca sull' usufrutto non si estende di dritto sulla proprietà gravata dall'usufrutto stesso. Una tale ipoteca non potrebbe altrimenti ottenersi che con un' azione per supplemento d' ipoteca, nel caso in cui la legge l'accorda.

Contra l'opinione emessa da me, non è da opporsi l' art. 617 ✳ 342 del Codice civile, ove si dice che l'usufrutto finisce colla consolidazione, o sia riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario. In quell' articolo dee vedersi solo una regola generale dell' accrescimento dell' usufrutto alla proprietà: ma questa regola è indipendente dal caso in cui si trattasse di distruggere un dritto acquistato da un terzo.

(Del cambiamento cui van soggette le cose ipotecate, tanto in proprietà che in usufrutto.)

147. Il disposto dall' art. 546 ✳ 471 del Codice civile può essere utilissimo per fissar le idee sul dritto successivo d' ipoteca, secondo le modificazioni della cosa ipotecata. Ivi si dice che la proprietà di una cosa, sia mobile, sia immobile, dà dritto su tutto ciò ch' essa produce, e sopra ciò che vi si unisce *accessoriamente*, sia *naturalmente*, sia *artificialmente*.

L'ipoteca, dovendo seguir la condizione della cosa ipotecata, poich' essa è un dritto reale su questa cosa, *jus in re*, deve necessariamente modificarsi come la cosa stessa si modifica. E se quello che si unisce per via di accessione, alla proprietà, riman soggetta all' ipoteca, come lo era la proprietà stessa, è semplicissima la conseguenza, che quello che si distacca dalla proprietà, e cessa di farne parte, cessa egualmente di esser soggetto all' ipoteca.

Laonde, il suolo del fondo ipotecato, venendo ad essere occupato da edifizj, questi edifizj restano, al pari del suolo medesimo, ipotecati. Se la casa ipotecata è bruciata o distrutta, l'ipoteca graviterà sul suolo. La legge 21, *ff. de pig. act.* contiene una disposizione precisa intorno a ciò *Domo pignori data, et area ejus tenebitur et contra jus soli sequetur ædificium.* Le leggi 16, § 4, e 29 § 2, ff. *de pign. et hyp.* si spiegano nello stesso senso. Se alberi di alto fusto di una selva ipotecata son tagliati e separati dal suolo, essi cessano di far parte dell' ipoteca, e prendono un carattere mobiliare; l'ipoteca riman soltanto sul suolo. Dicasi lo stesso di tutti gli alberi e frutti qualunque; sono soggetti all' ipoteca fino a che rimangono attaccati al suolo; divengono mobili appena che ne sono separati. Nondimeno, i creditori, in alcuni casi, di cui ò già fatto parola, hanno azione sul prezzo di essi. I materiali di una casa diroccata, o bruciata, e ch' erasi data in ipoteca, e gli alberi divelti da una selva soggetta essa pure ad un' ipoteca, ne sarebbero liberati, quando anche servissero per la costruzione di nuovi edifizj da farsi sopra un altro suolo non ipotecato. In questo caso non bisogna considerar tanto la identità della cosa, quanto la disunione e rimozione fattasene, e i cambiamenti di forma che à subito. Tali circostanze formano un ostacolo insormontabile per

la continuazione dell' ipoteca. Secondo il dritto romano, come altrove si è da me detto, i mobili potevano essere ipotecati. Ora se alberi tagliati in una selva data in ipoteca, fossero stati adoperati nella costruzione di un vascello, ciò non ostante, questo vascello non sarebbe sottoposto all' ipoteca; *quia aliud est materia, aliud navis*, diceva il giureconsulto Cassio, nella legge 18, ff. *de pig. act.*

Ma convien riflettere che intorno al cambiamento che soffrono alcuni fondi, vi è qualche differenza fra il caso in cui l' ipoteca fosse stata costituita dal proprietario del fondo, e quello in cui l' ipoteca fosse stata stabilita dall' usufruttuario sul suo usufrutto. L' usufrutto si estingue allorchè avvengono alcuni cangiamenti nelle cose che vi sono sottoposte, a norma degli articoli 623 e 624 ✳ 548 e 549 del Codice civile. E ben si conosce che l' ipoteca la quale cade sopra un dritto di usufrutto dee avere lo stesso destino di questo dritto.

Riguardo alla consistenza e conservazione dell' usufrutto, nel caso di cambiamento delle cose che vi son soggette, è difficile che si elevino altre difficoltà diverse da quelle che son previste dall' art. 617 § ultimo ✳ 542 § ultimo, e dagli articoli 623 e 624 ✳ 548 e 549 del Codice civile. Malgrado ciò, possono presentarsene delle nuove. Sarebbe un estendermi troppo se volessi andarle investigando. Indicherò invece una sorgente alla quale potranno attingersi molte decisioni, al bisogno. Intendo parlare di Lacombe, alla parola *usufruit sect. 6.* Questo autore dà i mezzi per risolvere un gran numero di quistioni a questo proposito, citando le leggi romane ed una folla di autorità. Al num. 4. egli enumera i casi principali che possono stabilire una differenza nelle decisioni. Egli parla della estinzione dell'usufrutto, o che avvenga per fatto dell' usufruttuario, o che avvenga

per effetto di accidenti. A queste autorità, io soggiungo quel che han detto, Duperrier, tom. 1. pag. 311, Brettonier, tom. 2, pag. 342, e sopra tutto quel che dice Mornac sulla legge 10, ff. *quibus mod. usuf. amitt.* Esso ivi insegna, in seguito di molte precise sentenze, che l' usufrutto stabilito sopra una casa si estinguerebbe se la casa diroccasse, quando anche fosse ricostruita da colui che vi costituì l' usufrutto. Esso dice che non vale lo stesso in questo caso, del dritto di abitazione, che d' altronde, non è capace d' ipoteca. Ma l' art. 623 ✳ 550 del Codice civile dichiara che i dritti di uso o di abitazione si costituiscono e si perdono nella stessa maniera che l' usufrutto. Io osservo che vi è giusto timore di smarrirsi, abbandonandosi alle numerose decisioni del dritto romano su questo assunto, molte delle quali sarebbero contrarie ai nostri usi ed ai nostri costumi. Mornac l' osserva sull' *ultimo* § di questa legge 10. Convien dunque modificar le antiche decisioni con quelle del Codice civile, e non ammettere se non quelle che, giuste in loro medesime, possono conciliarsi coll' attuale nostra legislazione.

(Dell' aumento di estenzione dei fondi ipotecati, e della loro diminuzione.)

148. Finora mi sono occupato dei semplici cambiamenti sovraggiunti ai fondi ipotecati, senza parlar degli avvenimenti che ne accrescono o ne diminuiscono la estenzione; il che, come si ravvisa, è ben differente.

Bisogna distinguere gli aumenti, conseguenze di circostanze indipendenti dalla volontà del debitore i cui fondi sono ipotecati, da quelle che son l' opera sua.

I primi possono essere l' effetto di alluvioni o

di altri accrescimenti, come sarebbero quelli prodotti con istantaneo ed apparente trasporto di terreni, staccato dalle riviere o dai fiumi, e formando alluvioni, isole, o isolette. Io mi sono spiegato intorno ad un incremento risultante da un' alluvione, propriamente detto volendo seguire il paragone fatto da una legge romana fra questo caso e quello dell' accrescimento dell' usufrutto alla proprietà, che fu solo ipotecata. Io non entrerò in particolarità tanto sugli altri accrescimenti, di cui ò parlato, quanto sulle diminuzioni che potrebbero esser cagionate dagli stessi avvenimenti. È incontrastabile che l' ipoteca, come io l' ò di già osservato, si modifica a secondo della proprietà sulla quale è imposta. Il dritto del proprietario, nel caso in quistione, sarà dunque la misura del dritto annesso alla ipoteca.

Ora il dritto del proprietario in questo caso, del quale molti antichi autori han ragionato, e ch' è stato ancora la causa di una moltitudine di leggi romane, viene regolato con la maggior possibile precisione dagli articoli 356 a 564 inclusivi ✳ 487 a 489 inclusivi del Codice civile; quindi basta rinviare a questi articoli per la risoluzione delle difficoltà relative a questa materia.

O' vista elevarsi questa controversia. Quando, nel caso di cui si tratta, l' accessorio divien siffattamente considerevole che può riguardasi come un nuovo fondo, può aversi questo nuovo fondo come colpito dall' ipoteca? La controversia fu agitata nel consiglio di stato, mentre discutevasi l' art. 2133 ✳ 2019. *Vegg. le conferences du Cod. civ. tom. 7. pag. 172.* Ma nulla fu intorno a ciò deciso; e la controversia non è risoluta da verun articolo particolare. Io credo il più sicuro partito quello di regolarsi col principio che l' ipoteca siegue la modificazione della pro-

prietà ipotecata. E questo par che abbia detto, nel tempo della discussione, il sig. Tronchet, il quale rinviò alle diverse disposizioni del Codice civile, relative a quest' oggetto, e che son quelle degli articoli da me pocanzi citati. La modificazione prodotta dai cambiamenti di cui si tratta è momentanea ed accidentale. Le cose posson ritornare al pristino. Lo stato di diminuzione può rimanere, ed è giusto, per questa considerazione, che l'ipoteca, al pari della proprietà, profitti dell' aumento. L' accessorio non dee regolarsi per mezzo della sua estenzione rispetto al fondo principale, ma sibbene per mezzo della sua natura, che non varia punto; talchè non sarebbe prudenza prendere ipoteca sull' accessorio, riguardandolo come un nuovo fondo, e coll' idea che si dovesse aver su questo fondo un' ipoteca in pregiudizio di quella già da un altro acquistata sul fondo, com' esso era prima che gli si unisse il fondo accessorio.

Quanto agli accrescimenti derivanti dal fatto del debitore, essi non rimangono soggetti all' ipoteca se non quando questa è generale. Non è però lo stesso quando trattasi di un' ipoteca speciale che si restringe sulle cose che le sono sottoposte. Quindi nel caso di costruzione di un edifizio riunito ad una casa specialmente ipotecata, costruzione fatta su di un suolo non ipotecato, è manifesto che questo nuovo edifizio non sarà compreso nell' ipoteca. Non di meno se la riunione fosse di tal natura che ne risultasse una specie d' incorporazione ed una impossibilità di separare le due cose, senza nuocere al loro valore, allora il creditore che avesse un' ipoteca sul suolo, su cui la nuova costruzione si fosse fatta, potrebbe esercitare la sua azione ipotecaria su questa parte aggiunta, per effetto di un estimo che determinerebbe un prezzo proporzionale per la parte antica e per la nuova. Ciò è

voluto dalla giustizia e dall'equità, ed è così che convien decidere per analogia desunta dagli articoli 563, 572, 573 e 575 ✳ 488, 497, 498, e 500 del Codice civile.

Dal fin qui detto si cava la conseguenza che, se un proprietario aumenta un suo fondo ipotecato, per mezzo di nuovi acquisti, questi acquisti non van compresi nell'ipoteca speciale da cui il fondo è gravato. Vi è di più: quando l'acquisto fosse di un fondo limitrofo all'ipotecato, e quando anche questo fondo acquistato fosse stato riunito ed incorporato con quello dato in ipoteca, e circoscritto da un solo confine, ed anche racchiuso da un muro solo, l'ipoteca non si estenderebbe giammai al di là di ciò che fu sottoposto ad ipoteca. È vero che nell'articolo 1019 ✳ 973 del Codice civile si dice che se un testatore avesse ampliato il circuito di un recinto legato, il legatario godrà dell'aumento del recinto. Ma questa disposizione legislativa non può applicarsi alla specie. Il legatario profitta dell'aumento, perchè si presume la volontà del testatore essere stata di legar la cosa nello stato in cui trovavasi al momento della sua morte. Ma riguardo all'ipoteca, essa non può colpire che la cosa che vi fu da prima sottoposta. Lo stato di riunione nel quale trovansi i due fondi non impedisce che non sien distinti l'uno dall'altro, e soggetti a diverse ipoteche. È questa la giudiziosa osservazione fatta da Persil, *Rég. Hypoth. art.* 2133, *n.º* 6.

(Del semplice aumento di valore per migliorie fatte.)

149. Vi sono altre specie di aumenti che riguardano unicamente il valore del fondo ipotecato. Racchiusi nel fondo ipotecato, ne seguono la sorte. Quindi i recinti di siepi o di muri, gli argini e le dighe fatte per conservare la cosa ipotecata dai gua-

sti dell' acqua, anche quando queste dighe fossero costruite sulle sponde di una riviera o fiumicello, al di là dei limiti ch' avea la cosa ipotecata, seguono la proprietà e l'ipoteca, perchè ne sono gli accessorj. Tutto ciò è contenuto nella disposizione dell' articolo 2133 ✳ 2019 del Codice civile, così concepita: « L' ipoteca acquistata si estende a tutt' i miglioramenti sopravvenuti all' immobile ipotecato. »

(Effetti delle diminuzioni sopravvenute alla cosa ipotecata, relativamente ai creditori.)

150. Ma se le diminuzioni sopravvenute alla cosa ipotecata ne diminuissero considerabilmente il valore, talchè essa più non fosse sufficiente per la sicurezza dell' ipoteca, allora il creditore esercitar potrebbe o l' azione tendente ad ottenere la soddisfazione del suo credito, o l' altra per un supplemento d' ipoteca. Questo è quel che si ricava dall' articolo 2131 ✳ 2017 del Codice civile.

Dicasi lo stesso del caso in cui il valor della cosa ipotecata fosse diminuito per effetto delle deteriorazioni commessevi dal debitore, come se si trattasse di viti svelte, di alberi di alto fusto abbattuti. Tocca al debitor di conservar l' ipoteca in guisa che formi sempre una sufficiente sicurezza del credito, ed il dritto del creditore è molto più favorevole quando à causa dal fatto del debitore, di quel che il sia quando à causa da avvenimenti indipendenti dalla volontà di questo. In sostanza però, l'azione è la stessa, e tale esser dee la conseguenza di queste parole dell' art. 2131 ✳ 2017 *fossero periti o deteriorati.*

(Delle servitù prediali.)

151. Le servitù prediali debbono naturalmente noverarsi fra le cose che sono immobili per l'og-

getto cui si riferiscono, com'è stato detto nell'articolo 526 ✳ 447 del Codice civile; ma non per questo son capaci d'ipoteca, poichè l'articolo 2118 ✳ 2004 le esclude dalla possibilità di poter essere ipotecate. Una servitù in fatti non può calcolarsi come una proprietà, nel vero senso di questa espressione, poichè, giusta l'articolo 637 ✳ 559, essa è solamente un carico imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario. (a) Le stesse idee son conservate nell'articolo 686 ✳ 707. Di là deriva che quando taluno à imposta sul suo fondo una servitù per uso del fondo di un altro, se in prosieguo egli vende o ipoteca lo stesso fondo, non può farlo altrimenti che coi carichi esistenti, mentre niuno può cedere ad altri un dritto maggiore di quel ch'egli à.

Ma suppongasi che la servitù si estingua dopo che il fondo il quale vi era soggetto fosse stato ipotecato; in questo caso il debitore potrebbe farla rivivere in pregiudizio dell'ipoteca già acquistata? Io credo di no, per quelle medesime ragioni da me esposte, onde stabilire che il debitore non può far rivivere in pregiudizio dell'ipoteca sulla proprietà un usufrutto che vi si fosse consolidato.

(a) Nell'articolo 637 dell'abolito Codice civile, si definiva la *servitù* di un fondo, dicendo ch'era il *carico* di un fondo. Nelle nostre LL. CC. articolo 551, questa parola *carico* si è soppressa, ed è rimasto ciò ch'à rapporto all'oggetto della servitù. Crediamo che ciò siasi fatto con buone ragioni. Ed in vero, in questo caso le due parole *servitù* e *carico* son pressocchè due sinonimi; l'una non può servire di deffinizione all'altra, nè mai una sola parola, nel rigor logico, potrà servire di definizione, poichè questa convien che contenga il genere e la differenza.

(Azioni tendenti a rivendicare un immobile.)

152. In ogni tempo è stato d' uopo che le azioni immobili, cioè, quelle tendenti a rivendicare un immobile, fossero distinte dalle azioni meramente mobiliari. Questa differenza di natura e di carattere si presenta da prima per l' oggetto che queste azioni prefiggevansi. Era anche un vecchio adagio legale: *actio tendens ad mobile est mobilis, ad immobile est immobilis.* Siffatta differenza era specialmente importante nell' antica legislazione. Si sa che le nostre costumanze avevano stabilite diverse sorte di eredi sulle quali esse più o meno variavano. I beni proprj, i mobili, gli acquistati ricadevano a differenti eredi. Vi eran debiti mobiliari e debiti immobili che seguivano alcuni di questi beni in esclusione di altri. Si scorge adunque che le azioni tendenti a rivendicare un immobile spettavano a colui che avesse avuto, a titolo di eredità, l' immobile stesso. Sebben l' ordine delle successioni sia infinitamente più semplice nell' attuale nostra legislazione, pure non si è potuto non distinguere le azioni dirette a rivendicare un immobile da ogni altra puramente mobiliare. Tale distinzione era necessaria, sia per determinare il modo onde esercitarle, riguardo alla competenza del tribunale che dee conoscerne, sia perchè molte disposizioni, a titolo gratuito ed oneroso, non possono esattamente eseguirsi senza la distinzione di quel ch' è veramente mobile, o effetto mobiliare, da quel che non l' è; sia finalmente perchè sovente queste azioni immobili influiscono sulla esecuzione degli atti di alienazione, di cui esse talvolta producono la risoluzione, e quindi dan luogo ad un sistema legislativo per regolarne gli effetti, come si vedrà in seguito.

Queste azioni, stante il loro carattere partico-

lare, avrebbero potuto anticamente divenir l'oggetto d' un' ipoteca. Ma la presente legislazione avendo stabiliti intorno alle ipoteche principj così diversi, ciò è divenuto impossibile. Queste azioni, per loro natura, non possono servir di fondamento ad un' ipoteca: esse non hanno una situazione fissa, nè formano un corpo determinato: tutta la nostra legislazione è concepita nel senso che un' ipoteca non può cadere se non sopra un immobile, o sopra uno di quei *dritti reali immobili* di cui ò parlato nel numero 140. Non vi sono che gli oggetti di questa natura che possano indicarsi in un modo positivo e divenir materia d' iscrizione. D' altronde, il risultamento di queste azioni essendo incerto, e non determinato che dalla realizzazione e presa di possesso del fondo alla rivendicazione del quale esse tendono, non possono, prima di questo avvenimento, esser capaci d'ipoteca e d' iscrizione, e non possono esser sottoposti ad incanti e ad aggiudicazioni, che sono accidentalmente necessarie per operare una purgazione d'ipoteca. Non è già che queste azioni non abbiano la qualità d' immobile: ma esse non hanno questa qualità, come si è detto nell' articolo 526 ✳ 449 del Codice civile, se non per l' oggetto cui si riferiscono; il che li distingue dai mobili ordinarj: ma esse sono incorporali: esse si esercitano, si conservano, e producono il loro effetto diversamente da quello che si fa per via delle trasmessioni a titolo d' immobili, le quali dovrebbero esser seguite da tutto quel ch' esige la vendita di beni immobili propriamente detti. Infine, combinando quel ch'abbiam detto parlando dell'articolo 526 ✳ 449 del Codice civile, colla disposizione dell' articolo 2118 ✳ 2004, le azioni tendenti solo a rivendicare un immobile sono incapaci di essere ipotecate.

(Azion di ricompra. Azion rescissoria. Spiegazione dell'art. 212 5 2011 del Codice civile, e delle sue conseguenze.)

153. Laonde un'azione di ricompra, di rescissione di una vendita per causa di lesione o un'azione per causa di nullità, non sono capaci di essere ipotecate. Quella di rescissione per causa di lesione, lo è anche meno delle altre, dapoichè l'acquirente, contro di cui dovrebbe dirigersi, avrebbe il dritto di riscattarsene pagando il supplemento del giusto prezzo. Tal'è la disposizione della legge 2. *Cod. de rescind. vendit.*, i cui principj sono stati adottati dall'art. 1681 ✳ 1527 del Codice civile. Per questa facoltà accordata al compratore, l'esercizio dell'azione rescissoria, non produce necessariamente il possesso dell'immobile. È per questo motivo che una decisione della Corte di cassazione, del 14 maggio 1816, riferita da Denevers, *lo stesso anno* pag. 419, à giudicato che l'azione rescissoria per causa di lesione in una vendita, non era capace nè d'ipoteca, nè di spropriazione forzata. Ogni dritto che non può formar l'oggetto di una spropriazione forzata, non può, per correlazione, esser capace d'ipoteca.

Tutti questi principj vengono confermati dall'art. 2125 ✳ 2011 del Codice civile: « Quelli che non hanno sull'immobile altro che un dritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risoluto in casi determinati, o ad esser rescisso, non possono contrarre se non un'ipoteca sottoposta alle medesime condizioni, o alla stessa rescissione. » È evidente che il legislatore à riguardato come se fosse in commercio, e quindi come capace d'ipoteca e di trasmission per vendita o altrimenti, un fondo posseduto a titolo di proprietà, quantunque la proprietà fosse risolubile per causa di un'azione che produce questo effetto. Questa idea conduce all'altra che il legisla-

tore non à voluto far cadere l'ipoteca sull'azione risolutiva, ma solo sul fondo che vi era soggetto, e ch'egli ha dichiarato che in tale caso l'ipoteca imposta sul fondo da colui che ne avesse la sola proprietà risolubile, seguirebbe la sorte di questa proprietà, talchè l'ipoteca si ridurrebbe a quel che la proprietà così ipotecata diverrebbe per effetto dell'azione risolutiva o rescissoria. Questa azione riman sempre presso di colui, al quale si appartiene, come un mezzo non solo per lui, che pe' suoi creditori: essa però non può esser messa a profitto con un'ipoteca sopra se stessa. Può essere esercitata da quello cui si appartiene; essa può esserlo da un creditore che la compra: un creditore, esercitando i dritti del suo debitore, può farsi autorizzar dal giudice ad intentarla. Questi mezzi rendono proprietarj, coloro che vi han ricorso di tutt' i dritti che l'azione può produrre, qualunque ne sia il risultamento. L'ipoteca imposta sull'immobile da quello che lo possedeva, sotto una condizione risolutiva o sospensiva, il cui evento è incerto, si misura sul dritto che rimane dopo l'esercizio dell'azione, o dopo l'avvenimento.

Non si potrebbe impedire che il creditore, facendo valere i dritti del suo debitore, eserciti l'azione rescissoria per causa di lesione, fondandosi sull' art. 1166 ✳ 1119 del Codice civile, che, dei dritti che un creditore può esercitare pel suo debitore, n'eccettua, quelli che sono esclusivamente personali. Rinvio a quel che ho detto a questo proposito nel num.° 44.

Rimangono delle osservazioni importanti a fare per cogliere perfettamente il senso, e le conseguenze dell'art. 2125 ✳ 2011. Sarò più metodico, e mi farò meglio intendere riferendo ciò ch'è stato detto relativamente alle disposizioni di questo art. dal sig. Tarrible. *Réper. de jurisp.*, alla parola *Hypothèque*,

sect. 2, §. 3, art. 3, n. 5. Questo autore comincia per ammettere il principio or ora da me sviluppato, che le azioni, cioè, le quali tendono a rivendicare un immobile, non sono per se medesime capaci d'ipoteche. Ei dice in seguito, che per ciò che riguarda queste azioni, bisogna distinguere quelle che derivano dal dritto assoluto di proprietà, da quelle ch'emanano dal dritto di ricuperare una proprietà alienata. Ei s'introduce dando un'esempio del primo caso: « Il proprietario di un immobile n'è spogliato con violenza da più d'un anno ed un giorno; un erede legittimo, la cui esistenza ignoravasi, comparisce, e trova i beni della successione posseduti da un erede più remoto, e non capace di succedere: è manifesto che il proprietario spogliato e l'erede riconosciuto, hanno, ciascuno per la sua parte, un'azione fondata sul puro dritto di proprietà per rivendicare gl'immobili che loro appartengonsi. » L'autore, in questi casi, non intende dire che colui al quale appartiene l'azione possa imporre ipoteca sull'azione, considerandola come immobile, poich'egli non si stanca di sostenere, e con ragione, che azioni di simil fatta non sono capaci d'ipoteca; che l'ipoteca dee cadere sopra un immobile. Egli dunque è stato di avviso, che nelle circostanze nelle quali si trova il vero proprietario, può ipotecar l'immobile. Questa conseguenza risulta necessariamente dal modo con cui si esprime. In questi casi, ei dice, l'attore che intenta l'azione è già proprietario del fondo revindicato; la sua proprietà è basata sopra titoli che noi supponghiamo superiori ad ogni eccezione. *Egli non chiede al reo convenuto che il rilascio del fondo, o l'abbandono del semplice possesso.* È impossibile di non adottare, pel caso in controversia, l'opinione dell'autore. È il proprietario stesso dell'immobile che lo ipoteca.

Soggiungo che si può dir lo stesso del caso in cui

il vero proprietario di un fondo si fosse fatto momentaneamente spogliare, per effetto di un'azione possessoria diretta contra di lui da taluno che invocar poteva il possesso di un anno ed un giorno. L'esercizio di quest'azione riguarda il solo possesso, e non ferisce la proprietà. L'art. 2129 ✳ 2015 vuole, perchè un'ipoteca speciale sia valida, che sia costituita sopra beni *attualmente appartenenti al debitore:* ma quì si tratta della proprietà, ed una cosa è la *proprietà* un'altra il possesso. Se la proprietà esiste, il possesso, almeno di dritto, non n'è stato giammai separato. Ben si ravvisa che se per avventura accadesse, che la proprietà non appartenesse a colui che l'ha ipotecata, l'ipoteca svanirebbe: ma la possibilità di questo avvenimento non distrugge l'ipoteca in se stessa. Essa conserva tutto il suo vigore se la proprietà rimane a colui che l'ha ipotecata. Ciò rientra nel principio generale al quale sono sottoposte tutte le ipoteche di qualunque natura. Se la proprietà non è di colui che à dato ipoteca, per qualunque causa, tutte le ipoteche svaniscono (1)

Il sig. Tarrible discende a parlare dell'azione del venditore leso, tendente a far rescindere la vendita, ed all'azione del venditore col patto di ricompra, tendente ad esercitar questo patto. Son queste le azioni designate già dall'autore come quelle, *ch'emanano del dritto di riccuperare una proprietà alienata.* L'autore ammette che o l'una, o l'altra di queste due azioni non possono da per loro medesime esser capaci d'ipoteca, sempre giusta il principio generale, che sulle azioni tendenti a rivocare l'alienazione di un fondo, non si possono costituire ipoteche. Ma anche l'autore ammette che

(1) Del resto può vedersi tutto quello ch'io ò detto sulle quistioni di simil natura al num. 51.

colui al quale appartiene o l'azione di rescissione o quella di ricompra, può ipotecare lo stesso fondo, sul quale queste due azioni possono esser dirette. Egli si fonda sull'art. 2125 ✳ 2011. Dopo di averne riferita la disposizione, ecco come si esprime.

« Ciò posto ragioniamo così: l'azione in se medesima non è capace d'ipoteca; ma l'immobile che n'è l'oggetto può benissimo esser gravato d'ipoteca da quello al quale l'azione si appartiene ».

« Diciamo che l'azione in se medesima non è capace d'ipoteca, perch'essa non è che un dritto incorporale il quale non è nè può essere un *bene immobile*. Ben più, vi sono de' casi in cui l'azione, non produce in esito che somme pecuniarie, sulle quali certamente non può mai cadere un'ipoteca. Tale si è l'azione rescissoria per la vendita di un immobile, per causa di lesione oltre i sette dodicesimi, allorchè il compratore si determina, a norma della legge, a dare il supplemento del giusto prezzo».

« L'immobile al contrario ch'è l'oggetto dell'azione, è la vera cosa capace d'ipoteca. Può essere ipotecato direttamente da quello, cui l'azione appartiene, salvo le modificazioni che risultar possono dalla natura dell'azione, o dalla sua causa. Il proprietario il cui titolo di proprietà è bene stabilito, e che non dee ricuperarne che il possesso, può costituire un'ipoteca attuale e positiva sul fondo da rivendicarsi, e questa ipoteca non sarà soggetta a veruna condizione. Un fondo venduto col patto di ricompra, o per un prezzo minore dei cinque dodicesimi, può anche venire ipotecato direttamente dal venditore. Ma poichè la risoluzione della vendita, ed il ritorno della proprietà presso il venditore, son sottoposti a diverse condizioni, come sarebbero, l'esercizio dell'azione nel termine prescritto, il preventivo pagamento delle somme ricevute dal venditore, l'esistenza della lesione, l'adesione del com-

pratore alla rescissione del contratto, ed al rilascio del fondo, così l' ipoteca costituita dal venditore su questo fondo sarà necessariamente sottoposta alle condizioni medesime ».

È sempre con molta ritrosìa ch' io combatto qualcuna delle opinioni del sig. Tarrible: ma dopo aver molto riflettuto, mi è impossibile di convenir con lui nella presente. Io parto dal principio incontrastabile che per potere ipotecare conviène esser proprietario. Ora il dritto di proprietà del fondo, sulla vendita del quale si può esercitare un' azione di rescissione a causa di lesione, o un' azione di ricompra, non può considerarsi esser di colui al quale l' una o l' altra di queste due azioni può appartenere.

Colui che pensa di esercitare un' azione di rescissione per causa di lesione, può mai considerarsi come proprietario del fondo pel quale quest'azione si eserciterebbe? Ecco quello ch' è impossibile di sostenere. Quest' azione, che d' altronde dev' essere promossa in un termine molto breve, è un' essere di ragione fino a che l' evento non ne assicuri l' ammissibilità. E quando anche fosse ben fondata, essa non tende necessariamente alla proprietà, poichè il compratore può redimersene pagando il supplemento del giusto prezzo; il che allora fa degenerar l' azione in una somma di denaro, che per certo non può esser capace d' ipoteca. Quello dunque, cui quest' azione può appartenere, non è il vero proprietario del fondo; il vero proprietario n' è quello che l' ha comprato: egli solo può ipotecarlo, salvo la risoluzion dell' ipoteca se deve aver luogo.

Dee considerarsi diversamente un' azione di ricompra? Io non lo credo. La proprietà del fondo venduto col patto di ricompra, risiede presso del compratore. L' art. 2125 ✳ 2011 lo disegna come

proprietario, poichè questo articolo vuole ch' egli possa ipotecare il fondo, e che, seguendo lo spirito della nostra legislazione che si attinge dal Codice civile, la facoltà d' ipotecare è annessa essenzialmente alla proprietà. L' art. 2124 ✳ 2010 prescrive che coloro soltanto possono contrarre ipoteca i quali hanno la capacità di alienare i fondi che vi sommettono. La possibilità di risolvere l' ipoteca non impedisce l' esistenza dell' ipoteca; e non si può sostenere che questa possibilità produca l' effetto di rimettere in poter di colui al quale appartiene l' azione di ricompra, che esiste per soli cinque anni, la facoltà d' ipotecare. Il proprietario del fondo soggetto alla ricompra, è siffattamente proprietario, che può venderlo, l' acquirente può sottoporre la compra alla trascrizione, e prendere tutte le misure volute dalla legge per liberare il fondo dalle ipoteche, salvo l' effetto dell' azione di ricompra che potrebbe essere esercitata. Non sa concepirsi come il dritto di proprietà di un fondo, considerato in se medesimo integralmente, possa appartenere a molte persone. Il titolo della proprietà dev' essere in testa di uno o di un altro. Il contrario è impossibile; eppure questo dovrebbe ammettersi nel sistema ch' io sto combattendo.

L' errore nel quale credo che sia caduto il sig. Tarrible, deriva dal doppio senso da esso dato all' art. 2125 ✳ 2011. Egli suppone che questo articolo attribuisca due facoltà d' ipotecar l' immobile; l' una a quello che può esercitare l' azion rescissoria o di ricompra; e l' altra al proprietario, cioè, a colui che à comprato l' immobile soggetto a queste due azioni. Egli ammette, che come le ipoteche stipulate dal compratore sono subordinate all' effetto che aver potrebbero le azioni rescissorie e di ricompra, così ancora le ipoteche impo-

ste sul fondo venduto da colui che vantar potrebbe l' azione rescissoria o quella di ricompra, sussisteranno, quantunque il loro effetto dipendesse dal risultamento di queste due azioni medesime.

È però impossibile di adottare questa interpetrazione. Riferiamo i termini dell' articolo. « Quelli che non hanno sull' immobile altro che un dritto sospeso da una condizione, o soggetto ad essere risoluto in casi determinati, e ad essere rescisso, non possono contrarre se non un' ipoteca sottoposta alle medesime condizioni, o alla stessa rescissione. » Per poco che talun voglia penetrarsi di questa disposizione dell' articolo, si rimarrà convinto che il legislatore à ammessa una sola facoltà d' ipotecare, e che al solo compratore del fondo questa facoltà è stata attribuita; talchè il venditore n' è escluso. Il legislatore concentra la facoltà d' ipotecare in un solo individuo, e propriamente in colui che à comprato il fondo. Nulla importa la modificazione del dritto di proprietà, e quindi dell' ipoteca, che può in seguito derivare, per effetto delle circostanze indicate nell' articolo. Queste espressioni, *sospeso da una condizione*, *o soggetto ad essere risoluto*, *in casi determinati*, *o ad essere rescisso*, riferiscansi al dritto sull' immobile; e, secondo l' idea del legislatore, è impossibile che questo dritto sul fondo non sia stato accordato a colui ch' è il compratore del fondo medesimo, sotto certe condizioni. La proprietà è una cosa diversa dall' azione che può accidentalmente modificarla.

Valutiamo anche queste parole, *sospeso da una condizione*. Esse suppongono il caso in cui una persona avesse una proprietà, e nel tempo stesso anche il caso in cui questa proprietà dovesse cessare e passare ad un' altra; il che accaderebbe, per esempio, se questa persona sopravvivesse a quello al quale la proprietà fosse stata da prima assicurata.

Ora, in simile circostanza potrebbe dirsi che, la persona la quale, per un accidente, potrebbe aver l' immobile che, senza questo accidente, dee restar deffinitivamente nel dominio di colui cui è stato dato, fosse nel dritto di costituirvi sopra un' ipoteca? Eppure, nel sistema del sig. Tarrible, bisognerebbe giungere a questo: e questo è quello ch' io credo che non possa essere ammesso. Certamente, se si avvera la condizione che rivoca la proprietà, le ipoteche costituite sul fondo da colui che n' è l' attuale proprietario, non potranno nuocere a quello in favor del quale la condizione è stata imposta. Ma in questa ipotesi, la facoltà d' ipotecare viene attribuita all' attuale proprietario, il cui dritto è sottoposto ad una condizione sospensiva. Riferisconsi a lui l' espressioni, *sospeso da una condizione*, e non già a quello che può avere la proprietà accidentalmente, in un caso determinato. Non è quest' ultimo che possiede il fondo *con una condizione sospensiva*; e la legge accorda la facoltà d' ipotecare a colui che trovasi in siffatta circostanza. La proprietà che, avverandosi la condizione, ricadrebbe alla persona chiamata eventualmente a raccoglierla, può ben essere gravata dalle sue ipoteche personali, s' esse fossero legali o giudiziarie, perchè queste ipoteche gravitano, per loro natura, su tutt' i beni presenti e futuri; ma prima dell' avvenimento, questa persona medesima non può ipotecare specialmente la proprietà, perchè per costituire questa ipoteca, bisogna essere *attualmente* proprietario, dice l' art. 2129 ✳ 2015, salvo la risoluzione ch' operar può l' avvenimento, giusta l' art. 2125 ✳ 2011.

Nondimeno, l' ipoteca speciale potrebbe aver luogo sul fondo che ricaderebbe, per forza dell' avvenimento, a quello ch' è chiamato condizionalmente a raccoglierla, se vi fosse un' ipoteca costituita

nei termini e colle condizioni richieste dall' art. 2130 ✳ 2016 del Codice civile. Ma qui si scorge che questa ipoteca risale ad altri principj, e che in ciò non vi è nulla di contradittorio alla opinione emessa da me. Quel ch' esclude ogni contraddizione si è, che, in quest' ultimo caso, dovrebbe esser presa iscrizione dacchè i beni ricadrebbero eventualmente a colui che avrebbe costituita l' ipoteca. Veggasi quel che si è detto da me a questo proposito nel num. 62.

Ritornando all' ipoteca che può costituir quegli cui l' immobile è stato venduto con patto di ricompra, si conosce che su questo immobile può esservi un doppio concorso di creditori ipotecarj. Posson esservi dei creditori ai quali il proprietario del fondo venduto lo à ipotecato prima di farne la vendita, e creditori ai quali il compratore soggetto alle condizioni ed avvenimenti enunziati nell' art. 2125 ✳ 2011, lo à dato in ipoteca dopo la compra fattane. È manifesto che qui le difficoltà s' intrecciano su i vicendevoli dritti, e su i diversi pagamenti che deggiono esser fatti. Un simile concorso non potendo accadere che molto di rado, credo potermi dispensare dall' entrare in particolarità. Per questa parte possono servir di guida i principj generali. Del resto, io rinvio a quel che à detto a questo proposito il sig. Tarrible, *loco citato*, e di più, alla parola, *Privilége de créance sect. 4, § 5, n. 5.* Nondimeno debbo osservare che il sig. Tarrible, rispetto a colui che à venduto, suppone due specie di creditori ipotecarj sul fondo, cioè, quelli ai quali egli à dato ipoteca prima di venderlo, e quelli ai quali l' ha data dopo di averlo venduto. Ciò era conforme al suo sistema; ma siccome, dopo quel che ò detto, credo che le ipoteche date dopo della vendita sono nulle, così io non devo ammettere che il concorso di due sole specie di cre-

ditori. Questi creditori son quelli che hanno ottenuta ipoteca dal venditore prima della vendita, e quelli che l'hanno ottenuta dal compratore dopo la compra. Io dunque credo di dover escludere dal concorso i creditori ipotecarj del venditore, posteriori alla vendita.

Da quanto ò detto risulta, che il primo e più sicuro mezzo dei creditori di un debitore, cui appartenesse un'azione rescissoria o di ricompra, è quello di promuovere queste azioni medesime, o come cessionario, o in nome del debitore.

(Fragilità di un'ipoteca costituita sopra un fondo soggetto a patto di ricompra. Precauzioni da prendersi a questo riguardo.)

154. Presto vedesi quanto sia fragile un'ipoteca costituita sopra un fondo acquistato dal debitore col patto di ricompra. In fatti il venditore, riserbandosi questa facoltà, può esercitarla ad ogni istante, o giudiziariamente o di accordo col compratore. Egli può dare a quest'ultimo il valore che formava il prezzo della vendita, e bonificargli tutte quelle somme, il cui rimborso è una condizione dell'esercizio di questa facoltà. Tutto ciò può farsi senza sentire il creditore ipotecario del compratore, poichè non vi è nulla che obblighi il venditore, che mette in esecuzione le clausole del contratto di vendita, e dee praticarle solo a fronte del compratore, di dare scienza, al creditore ipotecario di questo, del pagamento. Ed allora l'ipoteca s'isterilisce: essa segue la sorte della vendita.

Che se il creditore pretendesse dovere il venditore depositar ciò ch'egli dee per praticar l'azione di ricompra, lo pretenderebbe inutilmente, poichè niuna legge ve l'obbliga. La iscrizione, ch'egli può d'altronde ignorare, non lo vincola in alcuna guisa. Non v'è che un solo rimedio a questo in-

conveniente, vale a dire, che appena contratta l' obbligazione colla costituzione d' ipoteca, il creditore dee darne scienza al venditore, e dee collo stesso atto fare opposizione perchè il venditore medesimo non pagasse, in caso di ricompra, il prezzo della vendita al compratore, in pregiudizio de'creditori. L' opposizione dovrebbe anche contenere un sequestro delle somme il cui rimborso sarebbe dovuto al compratore.

E perchè questa misura riuscisse essenzialmente utile al creditore, dovrebbe questi esser solo; mentre se altri creditori vi fossero che avessero fatto simile opposizione e sequestro presso il venditore, sarebbe allora il caso di formarsi un contributo delle somme sequestrate. I creditori sequestranti, ipotecarj, non potrebbero reclamar che tali somme si dividessero secondo l' ordine delle ipoteche. Tratterebbesi di cose mobili che non dan luogo a preferenza secondo il grado delle iscrizioni. Non potrebbe farsi eccezione alla regola, quantunque queste somme derivino da un immobile: niuna legge autorizza un eccezione in questo caso. L' ipoteca speciale non può colpire che un immobile, ed un immobile certo.

(L' azione rescissoria produce la estinzione dell' ipoteca. Il creditore ipotecario può conservare la sua ipoteca, pagando il supplemento del giusto prezzo a danno dell' acquirente soggetto alll' azione rescissoria ?)

155. Si è dubitato se l' esercizio dell' azione rescissoria per causa di lesione, che fa passare il fondo venduto in potere del venditore, producesse la estinzione delle ipoteche dal compratore create sul fondo. Pothier, *Introd. au tit. 20 de la Cout. d'Orl. num. 57*, è per l' affermativa. Ei dimostra che la opinione di Baldo prevaler debba su quella di Bar-

tolo ch' era per la negativa. Pothier, in qnesto caso, si attiene al principio, che il dritto del compratore si risolve *ex causa antiqua et necessaria* senza che vi sia nulla del fatto suo. Il compratore à il dritto di ritenere il fondo pagando il supplemento del giusto prezzo: ma, dice il Pothier, non è un vero potere di ritenerlo, essendo obbligato a comprarlo più caro di quel che si volea comprare. Basnage, *Traité des hypoth. chap.* r, aveva decisa la quistione nello stesso senso. Laonde, avviene in questo caso come in quello nel quale il venditore riprende il fondo venduto, esercitando il patto di ricompra; egli lo riprende libero da tutt' i pesi e le ipoteche dei quali avrebbe potuto gravarlo l'acquirente, art. 1673 ✳ 1519 del Codice civile.

Nondimeno io son di avviso che il creditore al quale il compratore soggetto ad un' azione rescissoria à ipotecato il fondo, deve avere la facoltà, per conservare la sua ipoteca, ed esercitare i dritti del suo debitore, di redimere il fondo ipotecato coll' azione rescissoria, dando il supplemento del giusto prezzo, e dee avere il suo ricorso contro il suo debitore per la restituzione di questo supplemento. Tutto ciò si desume per via di argomento, dalla disposizione dell' art. 1681 ✳ 1527 del Codice civile, che accorda questi due dritti al terzo possessore del fondo pel quale l' azione rescissoria ha luogo. Io mi attengo ancora alla differenza che passa tra i principj attuali, e gli antichi principj, relativamente all' ipoteca. La specialità della ipoteca, oggi necessaria, restringe l' ipoteca e la fa cadere sul fondo ipotecato, escludendone tutti gli altri fondi del debitore, che secondo gli antichi principj erano egualmente sommessi all' ipoteca, poichè allora questa era generale. Donde risulta, che quegli il quale à costituita questa

ipoteca, è più particolarmente tenuto, affin di mantener la buona fede del contratto, di accordare al suo creditore tutt' i mezzi possibili per conservare il fondo ipotecato, ch' è divenuto l' unico suo pegno. D' altronde il compratore che à ipotecato, non può regolarmente esserne la vittima per aver dovuto pagare ciò ch' egli à acquistato a giusto prezzo. Ben si ravvisa che il creditore il quale paga il supplemento, oltre alla sua ipoteca sul fondo, acquista anche sul fondo medesimo il privilegio del venditore per la parte del prezzo da lui pagato.

(Di tutti gli altri dritti che operano la rivendicazione del fondo ipotecato).

156. I principj da me pocanzi esposti militano egualmente per tutti gli altri dritti ed azioni tendenti a rivendicare la proprietà di un fondo ipotecato. Intendo parlare del caso in cui la rivoca à luogo per un avvenimento dipendente da una condizione tacita, espressa o legale; come se i beni ipotecati fossero pervenuti da disposizioni fatte a titolo gratuito. Ben si scorge che la proprietà potrebbe essere rivocata, o per effetto di una reversione convenzionale o legale, o per sopravvenienza di figli, o per causa d' ingratitudine. L' art. 2125 ✳ 2011 del Codice civile si applica perfettamente a questi casi, come a quelli da me già indicati. Il Codice civile regola, in un modo preciso, le condizioni colle quali la proprietà può essere rivocata, secondo la natura delle cause che vi danno luogo. Vi son de' casi in cui la rivoca si opera senz'alcun peso; ve ne sono degli altri in cui essa non può aver luogo se non sotto la condizione di certi pagamenti. Mi allontanerei dal mio proponimento s'entrassi su di ciò in minute particolarità. Mi basta il rinviare ai principj da me sviluppati. *Traité des donat. et testam. tom. 1. 2. edict. pag. 332. 387, e 388.* Io mi

spiego ivi sugli art. 954, 958, e 963 ✳ 879, 883, e 888, che riguardano la rivoca delle donazioni, per sopravvenienza di figli, per causa d'ingratitudine, o per inesecuzione delle condizioni sotto le quali la disposizione fu fatta. Rimando del pari a quel che si è detto nella stessa opera rapporto ai patti riversivi, pag. 160 1 seg., ed al tomo 2, pag. 339 e seg. Per ciò che riguarda la riversione legale a titolo di successione, si può veder quel che ne à detto il sig. Chabot (de l'Allier) sull'art. 747 *titr. des successiones.* Basnage, *Traitè des hypot.*, *chap. 7*, e d'Héricourt, *de la vente des imm. chap. 11*, *sect. 2, n.° 10*, ma le decisioni da essi date van modificate a seconda dei principj stabiliti dal Codice civile.

(Un dritto d'ipoteca non è per se medesimo capace di altra ipoteca. Della distribuzione, in *sott' ordine* (a) o subalterna).

157. Giusta gli antichi principj così differenti dagli attuali il dritto d'ipoteca era anch' esso capace d'ipoteca. *Pignus pignori dari potest.* Ecco quel che dice Pothier in seguito della legge 1. Cod. *si pig. pign. Introduc. au tit. 20 de la Cout. d'Orl.*, *e Traitè des hypot. chap. 1. sect. 2. §. 1.* Questo principio non può più essere ammesso nella nostra legislazione. Non sa facilmente concepirsi come quello ch' era puramente ipoteca potesse divenir materia di un' altra ipoteca; e forse la legge da me citata non si applica, per la prima parte, che al caso in cui un debitore avesse data una cosa in pegno presso il suo creditore, ed in cui questo avesse data in pegno la cosa medesima ad un altro di cui era de-

---

(a) Della graduazione, cioè, che facevasi tra i creditori opponenti sulla somma aggiudicata ad un loro debitore in una prima graduazione.

bitore. Checchè ne sia bisogna cogliere lo sviluppo che Pothier dà alla sua proposizione: questo sviluppo conduce alla spiega delle regole del *sott'ordine*, e ad una decisione che oggi, non potrebbe adottarsi, sebben fosse giusta, stando ai principj che al suo tempo vigevano.

Pothier dice: « Quantunque i crediti mobiliari ch' io vanto contra i terzi, non sieno per se medesimi capaci d' ipoteca a favor de' miei creditori, nondimeno il dritto d' ipoteca ch' io vanto sugl' immobili del mio debitore, per causa di uno di quei crediti, è ipotecato ai miei creditori, ai quali ò obbligati tutt' i miei beni, ed ecco perchè se alcuno di questi immobili, essendo stato giudiziariamente venduto, io son collocato per ordine d' ipoteca, sul prezzo, pel mio credito mobiliare, i miei creditori ipotecarj, i quali avranno fatta *opposizione per esser subalternamente graduati*, si prenderanno, *secondo l' ordine delle loro ipoteche*, la somma per la quale era io stato collocato ». Egli dà con qualche estensione le ragioni di questa decisione. *Introduc. au tit. 21, n. 142.* Per brevità le riduco alle seguenti: un dritto d' ipoteca vantato da un creditore su i beni del suo debitor pignorato, essendo un dritto su i fondi, e quindi immobile, è esso medesimo ipotecato ai dritti ipotecarj dei suoi proprj creditori, seguendo, giusta Pothier, la regola *pignus pignori dari potest.* L' autore conchiude da ciò, che quando i creditori di colui che aveva un dritto d' ipoteca contra il suo debitore, facevano opposizione per graduazion subalterna, prima della sentenza di aggiudicazione, eglino pignoravano realmente il dritto d' ipoteca, ipotecato al creditore ch' era loro debitore; e da questa prima conseguenza n' emerge l' altra, che l' effetto di tale pignoramento si è di dare ai suoi creditori il dritto di ricevere, invece del loro personale debitore, la somma per la quale questi sa-

rebbe stato collocato su i beni pignorati, ciascuno secondo il grado della sua ipoteca ch'egli avea sul dritto ipotecario del loro debitore, di cui questa collocazione fissa il valore.

Ecco i principj che anticamente regolavano le opposizioni per graduazioni subalterne. Ora questi principj non possono più esser seguiti oggi, a norma della disposizione dell'art. 778 ✳ 861 del Codice di procedura civile, ov'è detto così. « Ogni creditore avrà la facoltà di farsi iscrivere, ad oggetto di conservare i dritti del suo debitore verso un terzo: ma prima della sentenza graduatoria, la somma per cui sarà graduato il debitore in concorso dei terzi, dovrà ripartirsi *come cosa mobile* fra tutti i creditori iscritti ed opponenti. » Quindi ora non vi è in questo caso che un contributo, e non una graduazione come soleva anticamente praticarsi. La ragione di questo cambiamento è figlia del principio attuale, che non vi è più ipoteca sopra un'altra ipoteca, come non ve n'è sulle azioni semplicemente immobili. La distribuzione, secondo l'ordine delle ipoteche, del prezzo del fondo, non può derivare che da un'ipoteca iscritta sul fondo medesimo. I creditori, giusta l'art. 778 ✳ 861, venendo al contributo, esercitano semplicemente, come creditori non ipotecarj, un dritto su di una cosa mobiliare, appartenente al loro debitore, e si presume pignorata da essi in virtù delle loro iscrizioni per graduazione subalterna.

(Dei dritti di successione. Osservazioni sulle trascrizioni delle vendite che ne son fatte. Senso dell'art. 2205 ✳ 2106 del Codice civile. Determinar l'ipoteca del creditore di un coerede sui fondi che forman la sua quota).

158. Ma non bisogna confondere i dritti di successione colle azioni tendenti alla rivoca d'immobili, che, dopo quello ch'è stato detto, non potrebbero esser capaci d'ipoteca. I dritti di successione sono

cose corporali, immobili, poichè essi hanno per risultato la trasmissione dei fondi che compongono una successione. Per verità essa può comporsi ancora di mobili: ma non vi è che una liquidazione a fare, perchè possa conoscersi se vi son dei mobili, e quel che questi beni possan essere comparativamente cogli immobili che ne dipendono. Ora, fino a che questa liquidazione non è fatta, niente impedisce la trascrizione del contratto di vendita dei dritti di successione, e tutto quell' altro che occorre per giungere alla purgazione delle ipoteche. Quello che ha luogo nel caso di una vendita di un' intera successione, deve ancora ammettersi nel caso della vendita o cessione fatta da un coerede de' suoi dritti, o di una quota determinata di una eredità: i motivi sono i medesimi.

A questo riguardo però debbon farsi delle osservazioni importanti.

In primo luogo, l'acquirente di una eredità, quando il titolo traslativo non contiene patto in contrario, diviene personalmente obbligato verso i creditori della eredità, quantunque l'obbligo di pagarli rimanga a carico del venditore o cedente. Ora, ripugna ai principj, che quegli il quale è di già personalmente obbligato a pagar debiti, cui i fondi son soggetti, possa sottrarsi a questa obbligazion personale, facendo trascrivere il suo contratto, e praticando ciò che deve in seguito farsi nei casi ordinarj. Non posson purgarsi che i debiti ipotecarj pei quali non si è personalmente obbligato, che cadono unicamente sulla cosa, e che non possono essere perseguitati presso un terzo se non per effetto della detenzione.

Nondimeno si scorge esser secondo l' ordine che il terzo acquirente possa almeno purgare, per effetto della trascrizione, i debiti ipotecarj ch' erano personali al suo venditore o cedente. Egli vi ha un visibile interesse, e non vi è alcun fatto pro-

prio. Più; può dirsi anche ch' egli ha dritto ed interesse di purgar le antiche ipoteche, ch' erano state imposte sulla successione venduta dagli antichi proprietarj, anteriori al venditore, per le quali quest'ultimo non sarebbe stato personalmente tenuto, e la obbligazione delle quali non avrebb' egli rovesciata sul compratore o cessionario. In ordine all' erede che vende solo la sua quota personale di una successione, può valere, relativamente a questa quota, ciò ch' io ò detto per la vendita dell' intera successione; e potrebbe anche dirsi che convien distinguere l' obbligazione personale annessa alla qualità di erede, dalla obbligazione ipotecaria, per effetto della quale potrebbe, a motivo della sua indivisibilità, chiederglisi più di quello che egli dovrebbe semplicemente per la sua quota personale, e che la trascrizione dovrebbe garentir quello che trascrive, per una tale eccedenza.

In secondo luogo è necessario osservare, rapporto alla determinazione dell' effetto che aver dee la cessione della quota soltanto di un coerede, che le ipoteche dei creditori di ciascuno de' coeredi si restringono alle sole cose che cadono nella quota del loro debitore, e che sono capaci d' ipoteca; ch'esse svaniscono ed estinguonsi interamente, quando nella quota del loro debitore son ricaduti soli beni mobili incapaci d' ipoteca; e che per conseguenza ciascuno dei coeredi non è punto tenuto verso le ipoteche dei creditori de' suoi coeredi, salvo l' intervento dei creditori d' un coerede nella divisione, per la conservazione dei loro dritti, impedendo che si faccian cadere nella quota del lor debitore non altro che cose mobili, incapaci d' ipoteche. Nel mio *Traité des donations tom. 2, pag. 242 e suiv.* ò sviluppati gli antichi principj su questa controversia che han preparato l' art. 883 ✳ 803 del Co-

dice civile. Mi contento di rinviare ivi per esser qui breve.

Io osservo che sarebbe lo stesso nel caso d' un incanto. Questo caso è dall' art. 883 ✳ 803 eguagliato a quello della divisione. Ma io son di avviso che questo articolo debba applicarsi tassativamente al caso d' un incanto giudiziario, quando uno dei coeredi si rende aggiudicatario: mentre se la vendita all' incanto è fatta ad un estraneo, allora non è più una divisione tra coeredi, ma una vendita fatta da ogni erede, della sua parte indivisa nella massa dell' eredità, e quindi i creditori di ogni erede possono esercitare i loro dritti ipotecarj sul prezzo della vendita fino alla concorrenza di ciò che ricade al lor debitore. Questo è quello che giudiziosamente osserva il sig. Chabot de l'Allier, nel suo commentario sull' art. 882 ✳ 802 del Codice civile num. 5, e sull' art. 883 ✳ 803, n.º 3. Laonde nell' opera da me indicata io parlava di un incanto giudiziario che aveva avuto luogo fra una sorella ed un fratello che si era reso aggiudicatario, e se ò citate autorità conformi per altri casi, si conoscerà che l' ho fatto con una grande ripugnanza.

Ma qui convien fare una riflessione molto importante, ch' è una conseguenza di ciò ch' io ò detto. Può accadere che un coerede il quale si gode tutta la eredità prima della divisione, ovvero che ne gode una sola parte, ma sempre prima della divisione, ipotechi, anche specialmente, un fondo ereditario riguardandolo come suo, o come un fondo che dovrà ricader nella sua quota al tempo della divisione. Se questo fondo non cade nella sua quota, per effetto della divisione, allora l' ipoteca data è assolutamente di niun vigore; e non può trasferirsi, di dritto, sugli altri fondi che ricadranno, in seguito della divisione, a questo erede. La

ragione è semplicissima. Non vi è altra ipoteca se non quella specialmente costituita sul fondo, ed in conseguenza dell' art. 2166 ✳ 2060 del Codice civile, non si può perseguitar colla via ipotecaria, in qualunque mano faccia passaggio, se non l' immobile sul quale vi è *privilegio ed ipoteca iscritta*. Sarebbe solo nel caso di un' ipoteca legale o giudiziale, la quale abbraccerebbe tutt' i beni del coerede debitore, che tutt' i fondi pervenutigli colla divisione, rimarrebbero ipotecati.

Non è inutil cosa di fare una osservazione sopra un dritto che avrebbe l' acquirente della porzione dei dritti di successione di un coerede, nel caso in cui un creditore volesse procedere alla spropriazione della porzione di uno o più degli altri creditori. Nell' art. 2204 ✳ 2105 del Codice civile si dice che si può domandare la spropriazione dei beni immobili del suo debitore, e di un dritto di usufrutto a lui spettante. Ma l' art. 2205 ✳ 2106 modifica questa regola generale in questi termini.» Nondimeno, la parte indivisa di un coerede negl'immobili di una eredità, non può esser posta in vendita dai suoi creditori particolari, prima della divisione, o dell' incanto che questi possono domandare, se vogliono, o ne' quali hanno dritto d' intervenire, in conformità dell' art. 882 ✳ 802 del titolo delle successioni. » Il senso di questo articolo à delle volte destata qualche inquietudine. La sua disposizione è applicabile al creditore della eredità, come a quello di uno degli eredi soltanto? Si scorge, che, secondo i principj di giustizia, questa disposizione non potrebbe riguardare che il creditore personale di uno degli eredi, e non quelli della eredità; talchè è nel solo caso della spropriazione per parte di un creditore personale di uno degli eredi che la divisione può essere preventivamente richiesta, onde determinare la di lui por-

zione nei beni indivisi, e che questa facoltà cessa quando la spropriazione si fa da un creditore della eredità. Allora tutt' i beni della successione sono del pari affetti al credito che dà luogo alla spropriazione, tutti gli eredi sono egualmente debitori e la divisione o l' incanto sono cose estranee all'esercizio del dritto del creditore. Così è stato ragionevolmente giudicato da una decisione della Corte di appello di Bruselles, del 4 marzo 1807, *Denevers anno 1811, pag. 181, supp.* L' autore della raccolta à citate due simili decisioni rese dalla Corte reale di Parigi, il 1. giugno 1807, e il 10 maggio 1810. Si vede che il cessionario può reclamare lo stesso dritto che avrebbe quello fra gli eredi che egli rappresenta, in caso di spropriazione della porzione ricaduta ad un altro coerede per parte di un creditore personale di quest' ultimo. Io opino che i creditori del coerede che sarebbe al caso di reclamare preventivamente la divisione delle cose indivise, potrebbero esercitare il medesimo dritto per la massima, *creditor in universum jus debitoris succedit.*

Potrebbe agitarsi la controversia se tutto quello ch' io ò detto, pel caso della porzione indivisa di un coerede in una eredità, dovrebb' essere egualmente osservato, trattandosi della porzione di un condomino in una cosa semplicemente indivisa fra lui e gli altri condomini, senza esservi rapporto di successione.

Ghewiet nelle sue *Instit. du droit belgique, part. 2, tit. 5, art. 16*, insegna il principio da me stabilito nel caso di un' ipoteca presa sú i fondi di una eredità: ei dice che allora l' ipoteca vien trasferita sulla porzione ricaduta, per effetto della divisione, al coerede debitore che à data l' ipoteca, purchè questa divisione sia fatta a termini di giustizia e senza frode. Egli si fa scudo di un decreto

del parlamento di Fiandra, del 1678, che così decise. Ma, nell' articolo precedente, ci dice il contrario nel caso di un' ipoteca costituita sopra un fondo indivisamente posseduto. Ei decide che l'ipoteca in questo caso, non si trasferisce sulla porzione di colui che l' ha costituita; cosicchè non si può dire che tutte le altre porzioni fossero divenute libere. Questo autore fonda una tale distinzione sopra una giurisprudenza introdotta dallo stesso parlamento di Fiandra, e di più sulla disposizione della *legge* 7, §. *ultimo ff. quib. modis pign. vel hypoth. solvit.*, ch' effettivamente è precisa.

Ma tale distinzione par che non sia stata seguita dalla giurisprudenza francese. Giusta la legge or ora citata, ed altre del dritto romano, l'ipoteca costituita da un coerede come un semplice condomino indiviso, astrazion fatta da ogni rapporto di successione, dovrebbe estendersi sopra ogni parte della cosa indivisa o della eredità, proporzionatamente a ciò che sarebbe ricaduto al condividente o al coerede che aveva costituita l'ipoteca. Ma in Francia si è creduto doversi allontanare dalla disposizione di queste leggi romane, onde evitare gl'inconvenienti ai quali apre il varco. Questo è quello che Domat à perfettamente dimostrato, nelle sue *Leggi civili lib. 3, tit 1 sez. 1 n. 15*, ed in una nota molto saggia che vi è in seguito. Egli stabilisce la quistione pel caso del fondo comune ed indiviso tra due o più persone, come tra i socj, e pel caso di una eredità indivisa fra coeredi. Basnage che si spiega benissimo a questo proposito, nello stesso senso di Domat, *cap. 4, n. 2*, non ha messa veruna differenza fra una eredità indivisa, ed ogni altra cosa indivisa tra condomini, astrazion fatta dalla qualità di eredi. L'ingiustizia di far piombare l' ipoteca convenuta da uno dei coeredi sopra tutte le porzioni della successione, il

che molto aggraverebbe la condizione dei coeredi, è la stessa per la indivisione, tranne il caso della eredità. Basnage parla anche dei *coeredi o socj*. Del resto, io non mi fermo su ciò che concerne le conseguenze dell'art. 2205 ✳ 2106 del Codice civile. Esse riguardano la spropriazione che non è quello di cui io mi occupo in questo momento. Per questa parte io rinvìo alle note del sig. Pailliet su questo articolo: esse sono atte a facilitarne l'intelligenza, e l'applicazione.

(Effetto dell'ipoteca dalla quale vien gravata la porzione di un coerede in una eredità indivisa, quand'egli ne deve i frutti ai suoi coeredi.)

159. Dal fin qui detto si deduce, che la divisione fissa l'ipoteca de' debiti passivi e personali di ciascuno degli eredi, sulla loro quota, poichè la divisione ha un effetto retroattivo all'apertura della successione; ciò risulta ancora dalla regola che il *morto coglie il vivo*. Ma questa determinazione dell'ipoteca è motivo di grave riflessione per parte de' coeredi, nel caso in cui il loro coerede, la cui porzione de' beni indivisi è stata colpita da ipoteche, gode, o di tutt'i beni, o di una parte maggiore della sua porzione. In questo caso egli contrae, a fronte de' suoi coeredi, l'obbligo di restituir loro le porzioni rispettive dei frutti percepiti, a contar dalla cominciata percezione. Quando in seguito si deviene alla divisione, il coerede che à percepiti questi frutti, può certamente pagare in contante l'ammontar di ciò che deve: ma quando egli non ha contante per operar questa liberazione, i suoi coeredi prendono beni immobili della eredità, che avrebbero dovuto far parte della di lui quota, fino alla concorrenza delle somme da lui dovute. Non potendo conferire, o per dir meglio,

pagare, egli prende tanto di meno. Ma se i coeredi trovano il loro conto in questa operazione, è chiaro che i creditori del coerede debitore dei frutti, e che li soddisfa in siffatta guisa, possono non trovarvelo. Il fondo gravato da ipoteche passerebbe quindi in poter dei coeredi che non possono, sotto questo rapporto, venire altrimenti che in qualità di creditori, e le ipoteche imposte sulla porzione del coerede diminuirebbero necessariamente: esse potrebbero anche svanire interamente giusta l' ammontar de' frutti dovuti dal coerede gravato d'ipoteche. Tale operazione può mai farsi in danno dei creditori ipotecarj del debitore che deve i frutti? Questa controversia merita di essere esaminata.

Il punto essenziale si è di formarsi idee chiare sulla natura del dritto che hanno i coeredi contra quello fra essi che deve i frutti di un fondo. Ora, comunque si consideri questo dritto, si riduce sempre ad una semplice azione per restituzione di frutti; nè potrebbe vedervisi un dritto di proprietà sulla porzione del coerede gravato da ipoteche. Spesso ò vista fare una cattiva applicazione, almeno a parer mio, della regola, *fructus augent haereditatem*, che si ricava dalla legge 20, §. 2 e 3 ff. *de haeredit. petit.*, come pure dalle leggi 9 e 17 del Codice *famil. ercisc.* Tutto quello che da queste leggi risulta si è, che tutto ciò che avea potuto provenire come guadagno, per effetto delle cose appartenenti al defunto, faceva parte dei suoi beni, e poteva essere reclamato coi mezzi proprj, ammessi in fatto di divisione dal dritto romano, per essere soggetto alla divisione, ovunque, e presso chiunque si trovasse. Si esercita allora un dritto di proprietà. Sostiene questa interpetrazione ciò che si trova nella legge 20, §. 3, *sive ante aditam, sive post aditam haereditatem accesserint* (*fructus*). Gli eredi non possono come eredi perce-

pire i frutti prima dell'apertura della successione, *ante aditam haereditatem*; ch'è quello che si trova in seguito nella legge medesima, *sed et partus ancillarum sine dubio augent haereditatem*. Lo stesso corollario si tira dalla legge 25, ff. *eod. titul.*, §. 20, *augent haereditatem gregum et pecorum partus;* e da queste parole della legge 26, *quod si oves natae sunt, deinde ex his aliae, hae quoque quasi augmentum, restitui debent.*

Ma in niun luogo del dritto romano o francese si legge che i frutti percepiti da uno dei coeredi della totalità dei beni ereditarj, o di una parte ch' eccederebbe la sua quota, dasser luogo, di dritto, ad una riunione della quota stessa di questo coerede in natura, alle porzioni degli altri, fino alla concorrenza del valore dei frutti percepiti. Non si parla in quelle legislazioni che di restituzione, e i principj relativi alla restituzione di frutti, quando trattasi di possessore di buona, o di mala fede, sono applicabili agli eredi che han posseduti i beni della eredità, come agli altri possessori. Ecco quel che si scorge nel *Traité des success.* di Lebrun, *liv. 2. chap. 7, sect. 1.*; nelle addizioni di Espiard du Saux a questo autore, e nelle leggi civili di Domat, *lib. 3, tit. 5, sez. 3, n. 9.*

Indubitatamente, quando trattasi di una liquidazione di divisione, e di formazione di quote, niente impedisce che il coerede che ha percepiti frutti al di là della sua porzione, rilasci un bene immobile, per compenso di questi frutti, poich'egli non può pagarli in contante, come avrebbe dovuto fare; il che prova che non vi è nè adesione, nè riunione della sua quota alle altre. Ma ciò può praticarsi fra questo coerede a fronte degli altri eredi: non può però essere lo stesso rispetto ai creditori del coerede, che presentansi alla divisio-

ne, come ne hanno il dritto, per la conservazione dei loro crediti. Niuna legge, niuna disposizione del Codice civile attribuisce ipoteca o privilegio agli eredi sulla porzione di uno di essi per restituzione dei frutti percepiti. Questi non può esservi obbligato che in virtù di un quasi contratto. Laonde i creditori del coerede debitore dei frutti, sebbene chirografarj, potrebbero, pe' loro crediti, venire in concorso cogli eredi creditori dei frutti, e formare un contributo sul prezzo dei medesimi beni stabili che dovrebbero comporre la porzione del debitore di questi frutti, come pure sul di più dei suoi beni. Ma qui ben si ravvisa tutto il vantaggio del creditore ipotecario del coerede debitore dei frutti, il quale si fosse iscritto sulla porzione di quest' ultimo nei beni indivisi, sia che l' iscrizione fosse stata presa in forza d' un' ipoteca generale, come per esempio di un' ipoteca giudiziaria; sia che il fosse stata in forza di un' ipoteca speciale. Siffatta iscrizione avrebbe fatto conoscere che questa porzione era affetta in natura, e per preferenza, ad ogni altro dritto non munito di un privilegio o di un' ipoteca anteriore. Ciò che si è detto dovrebbe aver luogo egualmente per un' ipoteca legale, che colpirebbe i beni del coerede debitore dei frutti, poichè questa ipoteca, quantunque non iscritta, il che doveva prevedersi, à lo stesso effetto dell' ipoteca speciale o giudiziale iscritta, risalendo al fatto che à data origine a tale ipoteca legale.

Ecco i principj che debbono aver luogo, specialmente in un sistema ipotecario, il cui oggetto principale è stato di vegliare alla conservazione dei dritti dei terzi. Se fosse altrimenti, molte frodi potrebbero commettersi in pregiudizio di questi, sopprimendo gli affitti, le quietanze, o celando le altre convenzioni, dal che risulterebbe il pagamento dei frutti.

La presente discussione fa conoscere ai coeredi ed a tutti i condividenti i rischi ch' essi corrono lasciando che un di loro si goda i frutti, e l' interesse che essi hanno di affrettar la divisione di beni indivisi. Essa dà pure un' utile lezione a quelle persone che formassero fra loro una società per oggetto di commercio, d' industria, o di agricoltura. Ben si scorge tutto l' interesse ch'essi aver debbono di assicurare alla società, colle iscrizioni prese sui beni dei socj, il ricupero delle somme che vi si debbono versare, e di quelle che potrebbero esser dovute in seguito dell' esazioni fatte ed amministrazione tenuta.

(Dei censi o rendite costituite in danaro contante, create dopo la legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799.))

160. Prima della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1 novembre 1799) i censi riputavansi quasi generalmente come beni immobili. Le rendite costituite in denaro contante non si riputavano tali che in alcuni paesi di consuetudine, ovvero nella giurisdizione di qualche parlamento, ove questa giurisprudenza erasi formata. I primi eran capaci d'ipoteca in quasi tutta la Francia, e le seconde nei paesi ove riputavansi beni immobili. Pothier nella sua introduzione generale alle costumanze, che precede quella della costumanza di Orleans, num. 54, spiega perfettamente tutte le ragioni che ora gli ha fatti dichiarar mobili, ed ora immobili. Nel num. 55, vi si dice ancora il perchè si era creduto di dare ai vitalizj il carattere di beni immobili. Ma giusta l' art. 7 della legge di *brumaire* (novembre) tutte queste rendite create per l' avvenire han dovute riguardarsi come beni mobili ed incapaci d' ipoteca. La disposizione di questo articolo è stata confermata dall' art. 529 §. 2, ✳ 452 §. 2 del

Codice civile, che dice: « Sono egualmente mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie tanto sullo Stato, quanto su i particolari. » Essa lo è stata anche più particolarmente dall'art. 2118 ✳ 2004 ch' esclude queste rendite dalla possibilità di essere ipotecate, restringendo siffatta possibilità unicamente su i beni immobili che sono in commercio, su i loro accessorj riputati come immobili, e sull'usufrutto degli stessi beni, e dei loro accessorj pel tempo della sua durata. Non vi è alcuna distinzione fra censi in denaro, o in derrate, e le rendite costituite in danaro, poichè le leggi non l'hanno fatta. La legge di *brumaire* (novembre) è generale. Essa fonda l' abolizione della qualità d' immobili di queste rendite, sulla dichiarazione fatta dalle leggi precedenti di essere redimibili; e l' art. 530 ✳ 453 del Codice civile, pronunzia questa facoltà di ricomprare per tutte le rendite perpetue di qualunque sorta, salvo la modificazione relativa al termine nel quale potrà la ricompra aver luogo, quale termine non potrà mai eccedere i trent' anni.

(Dei censi e rendite costituite in denaro, create prima della legge di *brumaire* (novembre).

161. Ma in ordine alle rendite create prima della legge di *brumaire*, sien come censi, sien come rendite costituite in danaro, questa legge, per non avere effetto retroattivo, à lor conservato per l'avvenire il carattere d' immobili ch' esse avevan prima, almeno in ciò che concernea, le ipoteche imposte o particolarmente, o per effetto dell' ipoteca generale che prima di questa legge avea luogo. Ciò doveva esser così, tanto più per quanto la legge del 29 decembre 1790, ancorchè stabilisse la ricompra dei censi, il che li rendeva mobili, pure

conservò sotto certi rapporti la loro natura d'immobili; nel tit. 5, e nel tit. 6 prescrisse le misure per la conservazione delle ipoteche sulle rendite costituite. Il voto della legge di *brumaire* ricavasi dalle parole, *per l' avvenire*, che trovansi nell' art. 7, ed anche negli art. 42 e 47 che parlano delle misure da prendersi per la conservazione di queste ipoteche col mezzo della iscrizione. In fine il solo silenzio del Codice civile sulla conservazione delle ipoteche imposte sulle antiche rendite, mostrerebbe la conferma della disposizione della legge di *brumaire*. Ma l' art. 655 ✳ 734 e 738 del Codice di procedura, non permette di dubitare sulla intenzione del legislatore, poichè ivi è detto, trattandosi della distribuzione per contributo del prezzo delle rendite costituite, che deve aver luogo attualmente, senza pregiudizio delle ipoteche anteriormente alla legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1 novembre 1799) stabilite.

Queste ipoteche sulle rendite costituite antiche sono assolutamente paragonate a quelle che esistevan prima della legge di *brumaire* sugl' immobili ordinarj, in quanto al modo di conservarle col mezzo della iscrizione: talchè se la iscrizione non fosse stata presa nel termine dalla legge prescritto, e prorogato dalle leggi posteriori, (il che in tutto fan sette mesi); essa avrebbe potuto esserlo dopo, e potrebb' esserlo ancora sotto l' impero del Codice civile. Ma essa non conserverebbe l' ipoteca coll' antica data: questa ipoteca prenderebbe il suo grado dal dì dell' iscrizione tardiva, come accadrebbe di una simile iscrizione sopra veri immobili, come mi son già spiegato nei §. 2 e 4 della sezione precedente.

Eransi elevate delle difficoltà sull' effetto delle iscrizioni tardive, relativamente alle ipoteche antiche sulle rendite costituite: ma tutte le idee ri-

mangon ferme per una decisione della Corte di Cassazione, del 30 agosto 1807, Denevers, *lo stesso anno*, *pag. 346.* Una tale decisione dilegua ogni dubbio, per questa parte, tra le antiche ipoteche sulle rendite costituite, e le antiche ipoteche sugl' immobili propriamente detti. Nondimeno alcuni avevan rinnovate queste difficoltà, fondandosi sopra una decisione della stessa Corte del 20 *frimaire* anno 14 (10 dicembre 1806.) Ma il sig. Chabot (de l'Allier), *Quest. tran.* alla parola *Hypot*; §. 4 e 5, à confutate le induzioni che volevan tirarsi, per questo lato, dalla decisione del 20 *frimaire* anno 14, e ciò con una luminosa dissertazione, alla quale mi basta di rimandare, poichè mi pare impossibile di non arrendervisi. Egli à dimostrato che bisognava stare alla giurisprudenza stabilita dalla decisione del 30 agosto 1807.

L' art. 42 della legge di *brumaire* (novembre) vuole che le iscrizioni pei dritti d' ipoteche o privilegj acquistati, prima della sua promulgazione, sui censi e sulle rendite costituite, sien prese, cioè, sui censi, all' ufficio della conservazione dell' ipoteche nella cui provincia son situati i fondi su i quali gravitano i censi, e sulle rendite costituite, all' ufficio dell'ultimo domicilio del creditore di queste rendite. Questo articolo fa sparire la necessità in cui si era anticamente di fare opposizione nel luogo dell' ufficio ove certe rendite potevan pagarsi, come quelle dovute dal Re, dalla città di Parigi, dai corpi morali ec. La disposizione dell' art. 50 è fatta cogli stessi principj: di là risultava che le trascrizioni delle vendite di antichi censi, dovevan farsi all' ufficio, nella cui provincia eran situati i fondi soggetti a quei censi, e le trascrizioni degli atti di mutazione delle antiche rendite costituite, dovevan farsi all'ufficio del domicilio de' creditori o proprietarj venditori di queste rendite.

Tal' è pure la disposizione dell' art. 45 della stessa legge. Si ravvisa che queste disposizioni, alle quali non si è derogato con alcuna legge, debbono eseguirsi.

Finora mi sono occupato delle antiche rendite per riguardo alla conservazione delle ipoteche da cui eran gravate, come cose riputate immobili, in favor dei creditori di coloro che ne sono i proprietarj. Bisogna ora considerarle sotto un altro aspetto: bisogna conoscere quali misure debbon prendersi per conservare queste rendite medesime, rispetto a coloro, che ne sono i debitori.

Ora perchè queste antiche rendite, come quelle create dopo la legge di *brumaire* sien conservate su i beni di coloro che ne sono i debitori, conviene che la iscrizione su questi beni sia presa per parte del creditor della rendita, come per ogni altro credito. Non vi è eccezione per le rendite anteriori alla legge di *brumaire*. Sebbene questa legge abbia conservate le ipoteche dalle quali eran prima gravate, pure è manifesto che, in ordine alla conservazione delle rendite medesime, la iscrizione era necessaria su i beni di coloro che n' erano i debitori, come lo è pei crediti mobiliari ordinarj. È uno de' punti giudicati in massima dalla Corte di cassazione, il 29 giugno 1813, Denevers *anno 1815 pag. 113*, la quale ha pur decise molte altre importanti quistioni sulla natura, e sulla qualità di mobili dei censi. Ciò risulta ancora da una decisione della Corte reale di Nimes del 23 *frimaire* anno 14 (13 decembre 1806) Denevers *anno 1816, pag. 68 supp.*, ed è quello che si pratica giornalmente. È chiaro che se il creditor della rendita trascura di prendere iscrizione su i beni che si sono soggettati, il creditore del proprietario della rendita, potrebbe prendere questa iscrizione in nome del proprietario, o nel suo proprio nome in

qualità di creditore. È tanto più importante che i beni del debitor della rendita vengan colpiti dalla iscrizione, per quanto è facile che questo debitore restituisca con sicurezza il capitale al proprietario della rendita in pregiudizio di una iscrizione presa soltanto contra quest' ultimo da uno dei suoi creditori. La iscrizione su i censi e sulle rendite costituite, non equivaleva ad una iscrizione sia sul debitor della rendita, sia su i suoi beni. Tutto ciò era stato previsto dagli art. 2 e 5 del tit. 5 della legge del 29 decembre 1790. Con questa mira questi articoli prescriveano delle precauzioni che posson leggersi in quella legge. Ma quelle da me ora indicate bastano; e nel bisogno, il creditore del proprietario della rendita, potrebbe fare al debitore di questa, un atto col quale si opponga al rimborso che se ne volesse fare.

Debbo nondimeno osservare che la Corte di cassazione, *sezione dei ricorsi*, con decisione del 23 decembre 1806, Denevers *anno 1807*, pag. 35, sembra aver giudicato che poteva acquistarsi l' ipoteca su di una casa per l' intermedia ipoteca su di una rendita costituita alla quale questa casa era ipotecata. Ma tale decisione fu resa in circostanze così particolari, ch' io credo dovermi dispensare dall' entrare in discussione, e credo dovere attenermi a quel che ho detto, ed all' osservazione da me fatta in uno dei numeri precedenti di questo §, che un dritto d' ipoteca cioè non è più capace d' ipoteca, mentre la specie di quella decisione potrebbe rientrare in questa quistione.

Quanto alle formalità da praticarsi, allorchè divien necessario il pignoramento delle rendite perpetue, esse sono descritte nel tit. 10 del lib. 6, del Codice di procedura civile. Non vi è altra distinzione se non quella fatta dall' art. 655 ✳ 738 e 739, vale a dire che vi è distribuzione per con-

tributo per le rendite costituite create dopo la legge di *brumaire*, e che la distribuzione si fa secondo l' ordine delle ipoteche quando queste rendite erano state create prima della legge.

Si è fatta quistione per conoscersi se la procedura stabilita dall' indicato tit. 10, poteva aver luogo pei vitalizj, come per le altre rendite. Alcuni autori si sono scissi su questa controversia; ma io opino che ragionevolmente la Corte reale di Caen, con decisione del 21 giugno 1814 siasi dichiarata per l' affermativa. Denevers *anno 1815. pag. 2. supp.*

Termino con una osservazione relativa alle antiche rendite, conosciute sotto al nome di censi, le quali eran capaci d' ipoteca, e si è, che non debbono mettersi in questa categoria ai censi redimibili. Questa era prima una opinione controversa. Denisart, alle parole *Rentes foncieres*, diceva che queste rendite eran fondiarie nel modo stesso che lo eran quelle che non potevan ricomprarsi: la ragione ch' ei ne dava si era che la facoltà di ricomprare era una qualità accidentale, la quale non ne cangiava la natura: ma, giusta le decisioni citate da questo autore in una edizione posteriore, sembra ch' egli non sia della medesima opinione. D' altronde, il sig. Tronchet, il cui parere è di un grandissimo peso, all' occasione di una discussione elevatasi nel Consiglio di stato, se dovevansi oppur no inserire nel Codice civile gli articoli 530 e seg. ✳ 453 e seg., sostenendo la inutilità di questa legislazione sulle rendite perpetue, dicea, che se per correggere l' inconveniente della loro esistenza, dichiaravansi redimibili entro un dato tempo, *allora spogliavansi del loro carattere di rendite fondiarie*: dimodocchè tutto quello che si è detto e sopra i censi e sulle rendite costituite prima della legge di *brumaire*, non deve applicarsi che alle rendite perpetue non redimibili.

(Del dritto di *terraggiare*, o di *decimare*)

162. Si potrebbe chiedere se un dritto di *terraggiare* o *decimare*, creato prima o dopo la legge di *brumaire*, ed anche sotto l'impero del Codice civile, è o no capace d'ipoteca, come una cosa immobile. In alcuni paesi di costumanze questo dritto si chiamava, *agrier*, *carpot* ec. Per l'affermativa potrebbe dirsi che questo dritto differisce, sotto alcuni rapporti, dalla rendita fondiaria, o censo. Questo dritto non consiste in fatti in una prestazione annuale da pagarsi a quello cui appartiene, il che è il carattere della rendita costituita, sia in derrate, sia in denaro. L'esercizio di questo dritto consiste a portarsi sul fondo, al tempo della raccolta, e prendere in natura la porzione del raccolto, secondo la quantità stabilita dal titolo. Direbbesi che questo dritto non può esistere, senza la proprietà piena ed intera del fondo, almeno fino alla concorrenza della porzione del raccolto che dà dritto a percepire: ed è certamente per questa ragione che Dumoulen *sur la Coutume de Paris*, *part.* 2, *tit.* 2, *n.* 2 *e* 3, lo chiama *campi pars*. Si potrebbe soggiungere che il proprietario di questo dritto à la facoltà di vigilare alla coltivazione del fondo, onde produca la conveniente ed ordinaria raccolta: che può opporsi alle devastazioni, e domandare non solo i danni ed interessi, ma la rescissione benanche del contratto di concessione, attesa la inesecuzione dello stesso per parte di colui al quale fu fatta, o di ogni altro possessore.

Nondimeno noi siam di avviso questo dritto non potersi riguardar come immobile e capace d'ipoteca; esso è stato dichiarato redimibile dall'art. 1. del tit. 1. della legge del 29 decembre 1790. Giu-

sta gli articoli 7 e 42 della legge di *brumaire* il considerarsi come cose mobili i censi è derivato dalla facoltà di ricomprarli ordinata da leggi precedenti. In questo articolo non si è parlato solo delle rendite costituite, ma vi si è soggiunto, *e delle altre prestazioni* dichiarate redimibili dalla legge. In fine, dallo spirito del Codice di procedura, e specialmente dall' art 530 ✳ 453 del Codice civile risulta, che ogni sorta di prestazione, di qualunque natura esse siano, e comunque corrispondansi, costituite per effetto della cessione di un fondo, sono sempre redimibili, il che imprime loro la qualità di cose mobili, e le parole dell' art. 2118 ✳ 2004 l' escludono dalla possibilità di essere ipotecate; cosicchè il dritto di cui si tratta dev' essere somigliato ai censi tanto per la natura, che pel modo di conservarsi.

(Delle azioni o interessi nelle compagnie di finanze. Del dritto di pedaggio).

163. Nell' art. 529 ✳ 452 del Codice civile è detto: « Sono mobili ..... le azioni o interessi nelle compagnie di finanze, di commercio o d' industria quando anche appartengano a queste compagnie beni immobili dipendenti dalle stesse intraprese. Tali azioni o interessi sono riputati mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società. » Questo articolo incontra delle difficoltà nella pratica: quanto a me confesso che le trovo di niun momento.

Bisogna osservar da prima com' era concepito l' articolo, che quando fu sottoposto alla discussione, divenne l' art. 529 ✳ 452. Ivi dicevasi: « Sono mobili ..... *le azioni nelle compagnie di finanze*, di commercio o d' industria, quando anche appartengano a queste compagnie beni immo-

bili dipendenti dalle stesse intraprese, ec. » Si rifletta che dicevasi, *le azioni nelle compagnie* ec., mentrecchè poi nella redazione deffinitiva si disse, le *azioni o interessi* ec. È anche da osservare che quando la redazione definitiva fu fatta, si aggiunsero queste parole essenziali, che non trovavansi nella prima redazione: « Tali azioni o interessi *son riputati mobili* riguardo a ciascun socio, *e pel solo tempo che dura la società.* » Ben si vede che l' aggiunzione della parola *o interessi* e delle altre espressioni da me rapportate, ha una ragion sufficiente che è di mestieri investigare. Ora, potrà formarsene un' idea precisa penetrandosi delle due discussioni ch' ebbero luogo nel Consiglio di stato il 20 *vendémiaire* anno 12 (11 ottobre 1804), e il quattro *brumaire* seguente (25 ottobre 1804), quali discussioni convien che si ravvicinino l' una all' altra. Vi si scorge, che il sig. Tronchet specialmente, pretendea non doversi confondere l' azione con l' interesse in una intrapresa; che l' interesse rende socj e compadroni, mentre l' azione rende solo comanditario, e non dà dritto che alla somma versata. Se ne conchiudeva, come massima, che il dritto risultante dall' interesse è un immobile, e che l' azione è un mobile allora soltanto che non rende l' azionario compadrone degl' immobili, e non lo assoggetta alle dimande che posson dirigersi contra la società.

Il seguito della discussione ch' è inutile ch' io qui riferisca fa conoscere che siffatta distinzione fu adottata, e che ciò diede luogo agl' importanti cambiamenti che ò fatti osservare. Ma non ne deriva essersi inteso che le porzioni d' *interessi* dell' intrapresa divenissero cose immobili, mentre le *azioni* sarebbero soltanto cose mobili: ma sibbene s' intese che tanto le porzioni degl' interessi, quanto le azioni sarebbero riputate cose mobili. La ragione si

fu, come lo diceva il sig. Treilhard, che niuno degl' individui che compone il corpo della società, è proprietario degl' immobili; che gl' immobili non sono che accessorj della società, ed in certa guisa, come gl' istromenti dell' intrapresa; che le azioni son cose mobili, e ch' è necessario di conservar loro questa qualità, poichè importa di facilitarne la circolazione; che nondimeno poteva abusarsi del principio, per pretendere che gl'immobili, su i quali delle azioni danno dritto, debbano, anche dopo lo scioglimento della società, riputarsi della stessa natura delle azioni, *e per prevenire questa falsa conseguenza si è dovuto esprimere che la finzione durerebbe tanto, quanto dura la società.*

Quindi, penetrandosi della discussione che preparò l' art. 529 ✳ 452 così come trovasi redatto, si è convinto, che, seguendosi lo spirito e la lettera dell' articolo, tutte le azioni su i prodotti di una società di finanze, di commercio o d' industria cui appartengosi degl' immobili, qualunque sia l'origine di queste azioni, nascano o da un' interesse nell' intrapresa, o da un semplice dritto ai prodotti, son cose puramente mobili, finchè dura la società; e ch' è solo quand' essa finisce che gl' immobili, i quali ne formavano l' istrumento o la garantìa, riprendono il loro carattere originario d' immobili, e son capaci d' ipoteca contra ciascun di coloro che vi hanno parte.

Stante questa intelligenza dell' art. 529 ✳ 452 è difficile di adottar la decisione resa dalla Corte reale di Parigi, il dì 17 febbrajo 1809, Sirey, *lo stesso anno*, 2.ª *part. pag.* 249. Trattavasi se dovevan riguardarsi come mobili o come immobili le porzioni su di un prodotto di un dritto di pedaggio, che percepivasi sulle mercanzie trasportate su pel canale di Briare, in conseguenza di un'antica società, autorizzata dal Re. La proprietà del canale era stata conceduta a questa società che risaliva al regno di Er-

rico IV. Privilegj particolari erano stati conceduti dal Re, che creò questo dritto di pedaggio per se. Si quistionava se queste porzioni del prodotto dovevan vendersi come mobili, o come immobili, il che conduceva a conoscersi s' esse erano oppur no capaci d'ipoteca, e se le vendite che eran per farsene, dovevano o nò esser soggette alla trascrizione, ed alla inscrizione. La Corte reale l' ebbe per immobili, perchè tutt' i socj eran proprietarj di questo canale e perchè questo canale e gli altri immobili, lungi dall'essere semplici dipendenze della società, n' erano al contrario la cosa principale e fondamentale; e perchè il dritto di pedaggio non n' era che il prodotto Io credo poter dire, che questi motivi son contrarj allo spirito col quale fu redatto l'art. 529 ✳ 452. I motivi del tribunale della Senna, che aveva diversamente deciso, e la cui sentenza si trova nella Raccolta, è perfettamente nel senso di questo articolo. Rimando a quella sentenza per amor di brevità. I motivi della Corte reale potranno esser conformi ai principj generali: ma l'art. 529 ✳ 452 è il risultamento di un dritto particolare che dipende dalla natura dell'oggetto cui si riferisce: è quindi indispensabile il seguirlo, sieno qualunque vogliansi i principj generali. Ogni legislazione è un composto di regole e di eccezioni. È vero che la Corte reale di Parigi ai suoi primi motivi aggiugnea l'altro che trattavasi, cioè, di una divisione tra cocredi, e di dritti di creditori: ma questo motivo non poteva mai esser causa della emessa decisione. Sebbene queste azioni trovinsi in una successione, e sienvi creditori chirografarj, e creditori ipotecarj trai quali verte la quistione, pure questa circostanza è indifferente: la natura delle azioni è la medesima. La morte di uno degli azionarj, nòn iscioglie la società: essa rimane, e le azioni che posson vendersi passano in commercio coi dritti medesimi che prima attri-

buivano. Questi dritti, per loro natura, si trovan sempre sugl' immobili, quando la società si scioglie; è solo allora che cessa la finzione della legge rapporto alle *azioni o interessi*. Non vi sono che le azioni relative a questi canali che sono stati immobilizzati, che possono considerarsi come immobili, ed ai quali l'art. 529 ✳ 452 del Codice civile non è applicabile. Ignoro che le azioni sul canale di Briare sieno state immobilizzate, il che non potrebbe avere avuto luogo che dopo la decisione della Corte reale di Parigi, del 17 febbrajo 1809. Del resto giova conoscere i principj relativi alla retta intelligenza dell' art. 529 ✳ 452 del Codice civile.

Dopo aver così trattata la quistione, e l'opera essendo sotto ai torchi, ò avuta conoscenza di una decisione della Corte reale di Tolosa, del 31 luglio 1820, che risolve la controversia cogli stessi miei principj; *Laporte*, continuatore di Denevers, *anno 1821, pag. 87 al supp.* Questa decisione è anche più importante perchè essa fa l' applicazione di questi principj all' ipoteca più favorevole, mentre trattavasi di un' ipoteca legale reclamata dalla moglie di uno dei socj. Essa è anche osservabile per la solidità dei suoi motivi. I fatti essendo stati esposti nella Raccolta con una precisione, che li rende incapaci di altro esame, io li trascriverò unitamente alla decisione.

« Una società di commercio erasi formata nell'anno (1803) fra i signori Guibert, ed il signor Sol socio comanditario. L' anno appresso uno dei fratelli Guibert si aggiudicò un immobile che era stato pagato coi denari della società. »

« Posteriormente i signori Guibert e compagni fallirono: un accordo fu fatto coi loro creditori; ed il sig. Sol fu incaricato di far la liquidazione della società, e fece vendere l'immobile ch' essa aveva precedentemente acquistato. »

» Allora le signore Guibert si presentarono nel giudizio di graduazione, e sostennero che la legge accorda alla moglie un' ipoteca su tutt' i beni di suo marito, senza eccezione, sia ch' egli li possedesse in comune coi terzi, sia che ne fosse il solo proprietario: reclamarono in conseguenza il benefizio dell'ipoteca legale. »

» Il sig. Sol si oppose alla loro pretenzione. Egli fece osservare che in niun caso gl' immobili sociali potevano esser colpiti da ipoteche, per debiti personali dei diversi socj, finchè la società non fosse sciolta, o fattasene la divisione. Si prevalse della opinione del sig. Goupil-Prefeln, che nel suo rapporto al Tribunato così si esprime sull' art. 529 ✳ 452 del Codice civile: « Ogni socio o interessato, certamente non » potrebbe *ipotecare* la sua porzione su questi im- » mobili; e il suo dritto si limita a dimandare, » sia il suo prodotto, giusta il contratto di società, » sia, al tempo della liquidazione della società, la » parte da lui messa nella società: ma finchè questa » dura, egli non è proprietario della sua porzione » sull' immobile, del quale non può far uso, ma » della sua porzione sul valor di questo immobile. »

» Il 9 giugno 1818, vi fu sentenza del tribunale di Tolosa la quale soprassedette dalla decisione della causa, col pretesto che non poteva aver sufficiente conoscenza per giudicare del dritto dei contendenti, se non dopo terminata la liquidazione della fallita. »

» Il sig. Sol se ne appellò; e sul suo appello fu emessa la seguente decisione.

» Attesocchè costa, *dal fatto*, che l'immobile sul quale le signore Guibert pretendono di avere un' ipoteca legale, fu acquistato durante la società, e nel nome e parte della stessa conosciuta sotto la *ditta Guibert, fratelli, cugini e compagni*; che lo stesso immobile fu pagato con denari della società,

e che, quando esso fu venduto per conto ed in nome della società, questa, sebbene sciolta, durava tuttavia, per non essersene ancor fatta la liquidazione, per non essersi pagati i creditori, e per non essersi devenuto ad alcuna divisione, cosicchè lo stato di comunione ed indivisione fra i socj tuttavia sussistea; — Attesocchè, *in dritto*, essendo incontrastabile che le ipoteche legali delle signore Guibert sono dalle legge concedute su i beni dei loro mariti, e non han colpito, come non possono colpire la casa di commercio di cui si tratta; in fatti, l'ipoteca legale della moglie non può cadere che sopra gl'immobili di proprietà del marito, e ch' egli potrebbe ipotecare; non è così dei dritti del marito che trovasi socio in una compagnia di commercio, su i beni di questa società; poichè, da una parte, e giusta l'art. 1860 ✳ 1752 « il socio che non è amministratore, non può alienare, nè obbligare le cose, benchè mobili, le quali dipendono dalla società, » e dall'altra giusta l'art. 529 ✳ 452 « le azioni o interessi nelle compagnie di commercio, quando anche appartengano a queste compagnie beni immobili dipendenti dalle stesse intraprese ..... sono riputati *mobili* riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società. » Ora, queste ultime parole vanno intese in modo, che i creditori personali di un socio non abbian maggiori dritti di lui, e che la regola è applicabile finchè la divisione della società non è fatta. Se fosse altrimenti, la condizione fondamentale del contratto di società, la quale è che questa società sia convenuta per l'interesse comune delle parti, sarebbe giornalmente violata, poichè l'uno de' socj solidali potrebbe gravar delle sue ipoteche gl'immobili destinati solo a garentire i debiti della società. In oltre, le regole concernenti la divisione dell'eredità, le quali, a termini dell'art. 1872 ✳ 1744 del Codice civile, sono applicabili alle divisioni

tra socj, sarebbero manifestamente sconosciute; mentre stando a questi principj l'immobile messo all'incanto, o caduto nella quota di uno dei condividenti, si reputa non essere mai stato degli altri condividenti. Questa saggia finzione di legge non si avvererebbe giammai se le ipoteche acquistate contra uno de' socj continuasse a gravitar sull'immobile che non gli è pervenuto nè col mezzo dell'incanto, nè con quello della sorte. L' abuso sarebbe molto più forte se, come si pretende, per parte delle sig. Guibert, le loro ipoteche potevan colpire l'immobile sociale venduto per bisogno della società, e volgere a loro vantaggio un prezzo che non sarebbe sufficiente per pagare i debiti della società. Ne risulterebbe che uno dei socj non contribuirebbe al pagamento di questi debiti; ch'egli prenderebbe una porzione nell'attivo, ove l'attivo pareggiar può appena il passivo, ovvero che il suo creditore od avente causa farebbe quello che non potrebbe fare egli medesimo. Siffatto sistema è contrario a tutte le idee ricevute in materia di società, e di comunione d' interessi; e la dimanda delle sig. Guibert per esser collocate sul prezzo di un immobile sociale, è evidentemente mal fondata.— Facendo deffinitivamente dritto alle domande delle parti, riformando la sentenza del 9 giugno 1818, dichiara che non vi era luogo a soprassedere dal giudizio; e facendo quel che avrebbero dovuto fare i primi giudici, pronunziando sul merito, ritrattando l' ordinanza del giudice commissario, rigetta le domande delle signore Guibert di esser graduate, e dichiara non esservi luogo a graduazione per l'ammontare delle loro ipoteche legali, sul prezzo della casa in quistione. »

(Azioni del Banco di Francia.)

164. Vi sono dei beni che di loro natura sono mobili, ma che il legislatore per mire politiche, e per eccezioni ai principj generali della materia, come ho già detto, dichiara immobili. È questa allora una immobilizzazione fittizia ch' equivale ad una immobilizzazione reale, conformandosi alle regole stabilite per questi casi. Tali sono le azioni del Banco di Francia. Ecco quello che contiene l' art. 7 del decreto dei 16 gennajo 1808, che deffinitivamente sanziona gli statuti di questo Banco, in conseguenza delle leggi anteriori, ed espressamente dell' art. 22 di quella del 22 aprile 1806. « Gli azionarj che vorran dare alle loro azioni la qualità d' immobili, ne avranno la facoltà, ed in questo caso ne faranno la dichiarazione colle forme prescritte pei trasferimenti. Questa dichiarazione una volta iscritta sul registro, le azioni immobilizzate rimarran soggette al Codice civile, ed alle leggi relative ai privilegj ed alle ipoteche, come gli stabili; esse non potranno esser cedute, i privilegj ed ipoteche purgate, se non uniformandosi al Codice civile ed alle leggi riguardanti i privilegj e le ipoteche sugl' immobili. » Non è di queste azioni come delle immobilizzazioni fittizie di cose le quali anticamente non potevano considerarsi come immobili.

(Delle rendite sullo Stato. Dei majoraschi.)

165. L' art. 529 §. 2 * 452 §. 2 dichiara mobili le rendite perpetue o vitalizie *sia sullo Stato*, sia sui particolari: ma quelle sullo Stato possono essere immobilizzate in un caso, ch' è quello della formazione di un majorasco; nel quale caso queste rendite, come pure le azioni del Banco di Francia

*

possono essere ammesse. Tal' è la disposizione dell' art. 2 del decreto del 1.° marzo 1808. Ma queste rendite venendo anche a comporre un maiorasco, e quindi ad essere immobilizzate, non sono più capaci di essere ipotecate, poichè, giusta l' art. 41 e seguenti dello stesso decreto, i beni addetti a majorasco non possono essere nè alienati nè gravati da privilegio o da ipoteca. All' occasione del majorasco che a titolo di munificenza reale e nazionale doveva stabilirsi in favore del Duca di Richelieu, che l' avea sì giustamente meritato, nelle adunanze della Camera de' deputati del 25, 28, e 29 gennajo 1819, si era detto, che la Corte aveva aboliti i majoraschi, quantunque la loro esistenza fosse supposta dall' art. 896 del Codice civile: ma questa opinione fortemente e giustamente combattuta, sopratutti dal guardasigilli, Conte de Serre, non menò a conseguenze. Io mi limito a queste osservazioni per questo riguardo, poichè è facile il prevedere che ciò che concerne i majoraschi dev' essere l' oggetto di un nuovo sistema, e che per ora non può esservi intorno a ciò legislazione sufficientemente stabilita, nè giurisprudenza ben formata (a).

(a) Negli articoli 946 a 967 delle LL. CC. trovansi riunite tutte le disposizioni relative ai majoraschi. Molto, dai politici del passato secolo, molto si è declamato contra la loro istituzione. I redattori del Codice civile quindi si tacquero intorno ad essi. Ma ben presto in Francia e tra noi leggi e decreti vennero a supplire il silenzio del Codice. E come non se oramai la loro esistenza è una specie di bisogno, stante i costumi, gli usi, e anche i pregiudizj delle nazioni di Europa, che un buon legislatore non può, nè dee sempre disprezzare nel formar la legge? È vero; i difetti della prima origine de' majoraschi, e gli abusi prodotti dal tempo, meritavan di esser corretti; ma non per questo dovea distruggersi la cosa. Or ecco quel che il nostro legislatore à fatto nelle leggi civili. Si è permesso di farsi i maioraschi coi

(Dei navigli ed altri bastimenti di mare.)

166. I navigli ed altri bastimenti di mare sono stati sempre regolati da leggi particolari, sia relativamente alla loro qualità di mobili o d' immobili, sia rapporto alle forme colle quali possono essere giudiziariamente pignorati e venduti. Il sistemare il commercio marittimo fu causa dell' ordinanza del 1682, ch' è distinta tra quelle ch' onorarono il secolo di Luigi XIV, e che àn sempre servite di modello alle altre leggi posteriori emesse sulla stessa materia. Mentre occupavansi del Codice civile, si pensò inserire una legislazione marittima nel Codice di commercio, e nell' art. 2120 ✳ 2006 fu detto che non si era fatta alcuna innovazione nelle leggi marittime concernenti le navi ed i bastimenti di mare. Questa legislazione marittima si rinviene nel libro secondo del Codice di commercio. L' art. 190 ✳ 196, dichiara mobili i bastimenti ed altri legni di mare. Ciò risultava già dalla definizion generale di ciò ch' è mobile, stabilita dall' art. 528 ✳ 451 del Codice civile: i privilegj, la loro conservazione, le formalità dei pignoramenti e vendite sono regolate dal Codice di commercio. Si scorge che tutto ciò non dee far parte di un Trattato sulle ipoteche: esso potrebbe anzi formar l' oggetto di un' opera sulle spropria-

---

beni liberi, e non soggetti a riserve, per non violare il principio della giustizia, e i dritti degli altri figli; si sono stabilite regole semplici ed uniformi per ovviare alle tante controversie di volontà; e si son fissati i limiti oltre i quali non può trascorrersi, così perchè questa specie di vincolo non attacci una gran massa di beni, come perchè non si estenda a tutte le private fortune.

zioni. A me basta di rinviare ai titoli del Codice di commercio che ne trattano, ed alle opere uscite in luce sulla legislazion commerciale, e specialmente a quella del sig. Pardessus. Si consulterà pure con profitto la saggia analisi sul Codice di commercio del sig. Locré, *Esp. du Cod. de comm. tom. 3, pag. 2, et suiv.* Non di meno ne dirò qualche cosa trattando dei privilegi.

§. 2.

Indivisibilità dell' ipoteca, e solidalità che ne deriva. Riduzione delle ipoteche convenzionali

---

(Indivisibilità dell' ipoteca.)

167. L' indivisibilità è stato in tutt' i tempi uno de' principali caratteri dell' ipoteca (a). Il dritto

---

(a) Ecco l' opinione del sagacissimo Toullier intorno alla indivisibilità dell' ipoteca.

« L' indivisibilità dell' ipoteca (sono sue parole) è stabilita su testuali disposizioni del dritto romano, e francese : ma perchè mai l' ipoteca, semplice accessorio di una obbligazione che si divide di pieno dritto fra gli eredi, non si dividerà poi come l' obbligazion principale, mentre i fondi ipotecati son divisibili ? Perchè la legge non lo à voluto. L' ipoteca *è di sua natura* indivisibile, dice l' art. 2114 ✳ 2000. Verissimo, se s' intende parlare della natura *legale* dell' ipoteca, e del carattere che le à impresso la legge nel crearla.

Ma, secondo la natura delle cose, l' ipoteca è sicuramente divisibile, perchè è inerente ai fondi che la natura à formati divisibili. Niente impedisce adunque che i fondi

romano l'ammettea, ed il dritto francese l'ha riconosciuta. Non vi era persona del foro che, mischiando il latino col francese, non sapesse dire, *est tota in toto*, *et tota in qualibet parte*. Le conseguenze di questa regola sono perfettamente espresse ed in poche parole nella legge 8, ff. *de distrac. pign. et hyp. Creditoris* ARBITRIO *permittitur, ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis,* AD SUUM COMODUM *pervenire.* Quindi la legge, in generale, non prescrive alcun ordine successivo nell' esercizio del dritto d' ipoteca.

Può dunque dirsi che in fatto di contratti vi sono due specie di solidalità, l'una, cioè, personale, e l' altra ipotecaria. La prima si ha quando più persone si sono solidalmente obbligate al pagamento di una somma, ma senza ipoteca. Il creditore può farsi pagare, da ciascuna di esse, dell' intiero credito, e degl' interessi dovuti, salva l' azione ipotecaria che acquistar potrebbe in segui-

---

ipotecati, divisi in due o tre parti tra gli eredi del debitore, non rimangano obbligati alla metà, o al terzo del debito al quale è tenuto il possessore di questi fondi. Ma la legge à diversamente ordinato per la maggiore sicurezza del creditore.

Siffatta indivisibilità legale non essendo fondata sulla natura delle cose, ma sopra una disposizione della legge che favorisce il creditore, può cessare per effetto di un'espressa convenzione; giacchè ognuno può rinunziare al dritto stabilito in favor suo: ma non può facilmente presumersi che il creditore rinunzii ad un dritto così prezioso com'è quello della indivisibilità dell' ipoteca. Non pare quindi che il creditore, il quale avesse ricevuto da uno dei debitori una parte del debito, e che gli avesse rilasciata quietanza, *per la sua parte*, abbia sgravati dall' ipoteca, pel residuo del debito, i fondi raccolti da questo erede » *Toull. Droit civil tom.* 6, *n.º 763 e 764.*

to, sempre per la totalità del credito, su gl' immobili appartenenti a uno dei debitori solidali, in forza di ulteriori condanne. La seconda, ossia la ipotecaria, può esistere, astrazion facendo da qualsivoglia azion personale, su i fondi che da prima, per sicurezza del credito, sono stati gravati da ipoteche. Allora ogni parte di quel ch' è stato ipotecato, sia un solo, sien più i fondi, può pignorarsi colle vie ipotecarie, presso chiunque si trovi. Questo è il risultamento dell' art. 2114 ✳ 2000 del Codice civile, ove dicesi che l' ipoteca è di sua natura indivisibile, e sussiste in intero sopra tutti gl' immobili che si sono obbligati, sopra ciascuno di tali immobili, e sopra ogni parte di essi. È inerente ai beni, ancorchè passino in altre mani. Lo stesso principio vien consecrato dall' art. 2166 ✳ 2060.

(Modificazioni del principio della solidalità, relativamente agli emigrati.)

168. Il principio della solidalità, quando dee aver luogo o per legge o per convenzione, è così sacro che non à potuto esser distrutto nemmeno da circostanze nelle quali tutto cede a ciò che chiamasi forza maggiore. Tale principio fu non di meno modificato per effetto di questa forza maggiore: ma fu riconosciuto, altamente proclamato, ed eseguito con quel miglior vantaggio che potevasi in favor dei creditori. Quando confiscaronsi i beni degli emigrati, nelle leggi relative all' emigrazione, e specialmente in quella del 1.° *floreal* anno 3, (22 aprile 1759) art. 112, fu detto, che i creditori di beni indivisi cogli emigrati avesser dovuto liquidare come gli altri creditori su questi ultimi, ma *solo per la parte che concerne la nazione.* Donde derivò che la solidalità dell' azione ipoteca-

ria era abolita solo a fronte della nazione, e non in favore dei condomini, o condividenti dei beni indivisi con essa.

Il vincolo delle solidalità fu rotto per rispetto alla nazione, ma sussistè in tutto il suo vigore per la totalità del credito rispetto ai condomini o coeredi degli emigrati. La totalità del credito poteva reclamarsi contro di essi sulle sole porzioni di beni loro pervenute. I condividenti, e i loro aventi causa, àn tentato più volte di sottrarsi a questa solidalità, per non pagare che le loro rate del credito, proporzionatamente al loro emolumento nei beni ipotecati, e così disimpegnarsi dal pagamento che doveva essere a carico della nazione. Ma tutti questi tentativi riuscirono infruttuosi: la solidalità fu conservata, in questo caso, da una decisione della Corte di cassazione del 5 *nivose* anno 13 (26 decembre 1805), quantunque si rimproverasse al creditore di aver trascurato di liquidare il suo credito. Vi si cita anche una simile decisione del 14 *nivose* anno 10 (4 gennajo 1802). Ed affin di mantenere il più che fosse possibile il vincolo della solidalità, malgrado l'avvenimento della forza maggiore, una decisione della stessa Corte del 6 maggio 1818, giudicò, l'effetto della indivisibilità dell'ipoteca esser tale che, nel caso in cui la nazione divenuta proprietaria di una parte del fondo ipotecato avesse venduta questa parte franca e libera da ogni ipoteca, il creditore avrebbe il dritto di dirigersi, per la totalità del suo credito, contra gli altri possessori del fondo, i quali eran obbligati ipotecariamente, salvo a questi il regresso contra chi di ragione. A queste due decisioni può aggiungersene un'altra della stessa Corte, del 30 aprile 1806, della quale si giudicò che l'emigrato cancellato dalla lista, poteva, pel pagamento di un credito da lui sottoscritto, coll'ipo-

teca de' suoi beni, esser convenuto, personalmente ed ipotecariamente per la totalità del credito, su i beni che ancor gli rimaneano, ad onta della vendita fatta dalla nazione degli altri di lui beni per molti che fossero, dimodocchè questa controversia che sperimentava prima delle difficoltà, oggi più non ne incontra (1). Ma si vede che per esercitare l'azione ipotecaria su i fondi contra di colui ch'è stato cancellato dalla lista degli emigrati, quando un terzo n'è il possessore, convien che l'ipoteca sia stata conservata per mezzo della iscrizione; ed a questo proposito può vedersi quel ch'io dico sulle iscrizioni contra gli emigrati, come su quelle prese da essi, nel § 3 della precedente sezione.

(Cose essenziali relative alla solidalità dell' ipoteca.)

169. Vi sono pochi principj così fecondi di conseguenze come quello della solidalità delle obbligazioni: ma ciò non riguarda, almeno interamente, quello di cui ora mi occupo. I principj della solidalità, sia fra i creditori, sia fra i debitori, trovansi nel § 1. e 2. della sezione 4, tit. 3, libro 3 del Codice civile. Nella sezione 5, vi sono quelli relativi alle obbligazioni divisibili ed indivibili. Queste obbligazioni differiscono dalle solidali, propriamente dette. In alcuni casi però si regolano coi principj medesimi. Le regole essenziali sulle obbligazioni divisibili ed indivisibili son segnate in questa sezione. Si comprenderanno molto più facilmente, sol che ben si conosca quello che ne à

(1) Per queste tre decisioni veggasi Denevers anno 13, pag. 270; anno 1800, pag. 381, ed anno 1818, pagina 380.

scritto Pothier nel suo *Traité des obbligations par. 2, chap. 4*, ov' egli discute con molta precisione, e con utili modificazioni, l' aureo *Trattato* di Demoulin, *de dividuo et individuo* (a). Io devo

---

(1) Non dispiaccia sentire il giudizio di Toullier su i trattati di Pothier, è Dumoulin.

« La divisibilità ed indivisibilità delle obbligazioni è lo spavento de' principianti ed anche degli uomini inoltrati nello studio. Tutti si querelano dell' oscurità di questa dottrina. Ma il nostro Duareno à osservato saggiamente che questa oscurità non è figlia della cosa di cui si tratta, ma del modo di trattarla ed insegnarla. Le quistioni che presenta, non sembrano più difficili, nè più sottili di molte altre: ma molte di tali quistioni sono state divermente risolute nei scritti dei giureconsulti, i cui frammenti compongono le pandette giustinianee; e gl' interpreti, anzicchè attenersi alle decisioni più conformi alla ragione, abbandonando le altre, pretesero di conciliarle tutte. Vi son delle leggi ch' essi han conciliate in diciassette modi differenti. I loro scritti avevan formato di questo argomento un vero laberinto, che da molti dottori riguardavasi come inestricabile. Dumoulin tenuto pel principe dei giureconsulti francesi intraprese a distrigarlo. Ad una immensa erudizione, sovraccaricata d' infinite citazioni, aggiunse nel suo lavoro tutta la metafisica sottigliezza degli scolastici: cosicchè invece di dar delle regole chiare, conformi al buon senso ed all' equità, com' erasi lusingato, egli elevò su questo argomento la teoria più astrusa e la meno intelligibile, per mezzo della quale egli pretese conciliar tutte le leggi, o almeno, per servirmi della frase di Pothier, di soggiogarle alle sue decisioni. Accadde che ad onta della celebrità dell' autore e del merito dell' opera, fu poco letto, e meno capito, anche in Francia. I giureconsulti stranieri, i più prodighi nel far citazioni, poco o nulla ne hanno fatto uso: molti pare come se ne avessero ignorata l' esistenza.

Nondimeno siccome l' opera contiene un gran numero di eccellenti decisioni, Pothier si addossò la pena di farne un ristretto, in cui fuse un estratto del suo trattato delle obbligazioni: ma è spiacevole di non trovare in

restringermi principalmente alle conseguenze della solidalità dell' ipoteca, e particolarmente per ciò che riguarda la sua indivisibilità.

Tre sono le cose assenziali sulle quali elevansi quistioni concernenti questa indivisibilità: la prima è relativa alle azioni ipotecarie, in forza di cui gli eredi dei debitori solidalmente obbligati, possono esser convenuti: la seconda si riferisce alle azioni ipotecarie che si possono esercitare contra qualunque possessore dei fondi ipotecati, facendo astrazione da ogni obbligazione personale, specialmente quando si tratta di riscuotere il pagamento dei canoni e censi che gravitano sui fondi; la terza riguarda i casi in cui le ipoteche generali concorrono colle speciali su i fondi medesimi.

(Gli eredi del debitore non possono esser convenuti che personalmente per la loro parte e porzione, ed ipotecariamente per l' intero. Fondamento di questa regola.)

170. Io credo dovermi attenere a determinare

---

questo estratto la sua solita chiarezza. Ei comincia da nozioni e definizioni così astratte ch' è difficile il poterle ben concepire: lo spirito disgustato dall' aridità di questi primi principj, l' utilità dei quali non è neppure indicata, siegue con pena il resto della discussione, la scorre senza intenderla, ed à bisogno di coraggio per rivenirvici.

I redattori del Codice han seguito scrupolosamente Pothier: non han fatto che copiarlo rinchiudendo il suo lavoro in pochi articoli, divenuti perciò meno intelligibili: ed invece di limitarsi a dar regole chiare colla dignità di un legislatore che comanda, essi, come un dottore che insegna, han cominciato dalle definizioni astratte, e poco esatte, tanto più difficili a comprendersi per quanto non applicate ad alcun esempio che volga a rischiararle. Ond' è che lo spirito, messo sulle prime nel vago e nella oscurità, non sa formarsi che idee confuse, ch' esso non potrebbe distinguere senza un soccorso estraneo. » *Toul, Droit civil, tom. 6 num. 749.*

l'azione che può esercitarsi sia personalmente, sia ipotecariamente, contra gli eredi del debitore. Convien risalire ai principj, mentre debbo confessare che gli autori, in generale, han date come regole ciò ch' era l' effetto delle regole stesse.

Un erede non può mai esser tenuto che personalmente dei debiti del defunto, e non per la via ipotecaria su i beni suoi propri. La ragione è semplicissima: un debitore non à mai potuto obbligare i beni de' suoi eredi, ma i proprj. Non si può obbligare se non quel ch' è suo. *Lo dice la legge 29, ff. de pign. et hyp., quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab heraede ejus ex alia causa, acquisita sunt, vindicari non possunt a creditore testatoris.* Il che fece dire a Bartolo su questa legge: *obbligatio facta a defuncto non porrigitur ad bona ejus haeredis.* Ma in quanto all' azione ipotecaria, essa può esercitarsi contra gli eredi, su i beni ereditarj ipotecati, e contra ciascun di essi, quando ne sono in possesso. Quest' azione può esercitarsi per la totalità del credito, o pel residuo, piccola che sia la parte dei beni ipotecati. Ciò nasce dalla indivisibilità dell' ipoteca. *Est tota in toto, et tota in qualibet parte.* Questi sono i fondamenti dell' antica regola confermata dall' art. 873 ✳ 794 del Codice civile, che *gli eredi son tenuti a' debiti e pesi ereditarj, personalmente* A MISURA DELLA LOR PARTE E PORZIONE, ED IPOTECARIAMENTE PER L' INTERO.

Pothier, *Traité des obligations*, n. 299, e 300, fa dipendere la divisione del debito fra gli eredi del debitore, dalla divisione del credito fra gli eredi del creditore. Ma io non credo che questo ragionamento sia capace di dare idee molto esatte. La divisione fra gli eredi del creditore deriva dal divenire essi altrettanti proprietarj particolari del credito, ciascuno per la sua parte. L' esercizio del

dritto medesimo di cui sono investiti dalla legge, esige siffatta divisione: *Nomina pleno jure dividuntur.* Ma la divisione del debito fra gli eredi del debitore, senza parlar dell' ipoteca imposta, vivente il defunto, su i suoi beni, deriva dal principio che il defunto non à potuto ipotecare i beni dei suoi eredi. Da quel che dice Pothier non altro risulta, se non, com' egli stesso lo dice, che ciascuno degli eredi del creditore non può dimandare che la sua porzione del credito, ammenocchè non abbia una procura dei suoi coeredi, e che ciascuno degli eredi del debitore può liberarsi offrendo la sua porzione del debito.

Si scorge che se una persona à contrattata una obbligazion solidale con altre persone, in guisa che il creditore potesse reclamar contra di lui la totalità della somma, questo creditore potrebbe del pari domandare questa totalità agli eredi di quella persona, poichè tutti son tenuti del fatto di essa: ma relativamente alla totalità del credito non vi sarebbe contro di essi che l' azione personale, ciascuno per la lor parte e porzione (cioè per la loro porzione ereditaria), e l' azione ipotecaria *pel tutto* rispetto ai fondi ipotecati al creditore, di cui ne avessero il possesso, o che fossero ricaduti nella loro quota. Tale azione contra questi eredi, non à luogo che colla riserva delle loro ragioni contra i loro coeredi, e contra gli eredi degli altri debitori solidali.

Si conosce benanche che le obbligazioni di coloro che succedono agli eredi del debitore, prima della soddisfazione del credito, son regolate nel modo stesso, rispettivamente ai creditori, come lo sono le obbligazioni dirette degli eredi ai quali essi son succeduti. Ciò è molto bene spiegato dal sig. Chabot (de l' Allier) nel suo commentario sull' art. 873 ✳ 794 del *titolo delle successioni*, del Codice civile.

(Costumanze che stabilivano una legislazione contraria. Osservazione sulla controversia della retroattività.)

171 Nondimeno vi eran dei paesi consuetudinarj, nei quali, in forza di una legislazione particolare, praticavasi diversamente rapporto alle obbligazioni degli eredi. La consuetudine di Amiens (art. 159) e quelle di Sens e di Melun, ammettevano la solidalità anche personale, contra gli eredi del debitore, in favor dei creditori, salvo il regresso degli eredi fra loro. Nè questo è tutto. In Normandìa la sola accettazione della eredità del debitore, imponeva agli eredi l' obbligazione personale e solidale di pagar tutt' i debiti del defunto. Si presumea ch' ogni erede fosse succeduto solo, e gli s' imponea l' obbligazione di soddisfare la totalità de' debiti della eredità, salvo a lui il regresso contra i suoi coeredi per quello ch' eccedeva la sua porzione del debito. Vièn ciò attestato da Basnage, *chap. 4, n. 2, chap. 9, art. 13.* Ecco il risultamento dell' art. 130, di un regolamento del 1666, conosciuto sotto il nome di *placités* di Normandìa, che avea forza di legge. Non senza chè questa legislazione veniva fortemente censurata. Essa è contraria all' antico principio generalmente riconosciuto, che un debitore non può ipotecare i beni del suo erede. Questo può sottrarsi all' obbligo di pagare i debiti, ripudiando l' eredità che n' è gravata, e quando l' accetta non può obbligarsi che per la porzione sulla quale cade l' adizione, almeno per ciò che concerne l' adizione personale. Ecco le prime nozioni della giustizia; ed il pubblico bene richiede che si facilitino, anzicchè intralciarle, le adizioni di eredità.

Ma per queste consuetudini può insorgere una quistione di retroattività, sugli effetti di questa le-

gislazione. Si ravvisa che convien seguirla contra gli eredi, quando l' eredità si è aperta prima della promulgazione del Codice civile. Quindi ò vista una decisione della Corte di cassazione, del 2 febbrajo 1813; *Denevers anno 1815, pag. 543*, che à applicato il regolamento di Normandìa, per una eredità apertasi nel maggio del 1792, ad un erede, che quantunque avesse dei coeredi, fu solo convenuto, e solidalmente, pel pagamento di una rendita. Ma quando trattasi di obbligazione formata, prima della promulgazione del Codice civile, da chi non muore che dopo la stessa pubblicazione, vi è luogo a credere che i di lui eredi non debbano esser soggetti alle azioni, a causa dei suoi debiti, se non conformemente alle disposizioni del Codice civile. Allora non vi è retroattività, mentre è massima che le leggi le quali debbono regolare i dritti, le qualità e le obbligazioni degli eredi, son precisamente quelle vigenti all' epoca dell' apertura della successione. Il cambiamento di una legge non dipende dal fatto degli eredi.

(L' erede del debitore può sottrarsi all' azione ipotecaria coll' abbandono del fondo ipotecato).

172. Dal fin qui detto sulla natura delle obbligazioni degli eredi, in ordine al pagamento dei debiti, risulta, che come uno degli eredi del debitore che non possedesse niun immobile della eredità, non sarebbe esposto a veruna azione ipotecaria, ma soltanto ad un' azione personale, proporzionalmente alla sua quota della successione, così ancora, se questo erede abbandona il fondo ricaduto nella sua quota, nel caso che vi fosse stata una divisione, o che si trovasse ancora nella eredità non divisa, allora egli è disobbligato da ogni azione ipotecaria. Avvien, ciò, perchè è della

natura di quest' azione puramente reale, e che à per iscopo di costringere il debitore al rilascio dei fondi ipotecati, ch' essa non possa sperimentarsi se non contro di coloro che li posseggono, e che possono rilasciarli. In questo caso non altro rimane contra l' erede che l' azione personale. Pothier lo insegna nel suo *Traité des successions chap. 5. art. 4.* Egli altamente si pronunziò contra un antico uso seguito fin dal tempo di Loiseau, il quale, in conseguenza, aveva emessa una opinione contraria. Cosicchè l' opinione di Pothier era quella che seguivasi in giurisprudenza. Laonde questo autore sagace che sparge nella quistione una nuova luce, *Introd. au tit. 20 de la Cout. d'Orl. num. 52*, dice che si era fatto ritorno ai principj da lui esposti, abbandonandosi quelli di Loiseau. In fine ecco quello ch' è stato giudicato per massima generale da una decisione della Corte di cassazione del 26 *vendemmiaire* anno 11 (27 ottobre 1803), Denevers *lo stesso anno*, pag. 88. In verità questa decisione è stata resa, seguendo gli antichi principj della consuetudine di Parigi, ma sarà facil cosa il conoscere che questi principj sono precisamente quelli del Codice civile. « Considerando, è detto nei motivi della decisione, che il coerede non essendo obbligato verso il creditore solidalmente ed ipotecariamente, per la totalità del debito, se non a motivo *di questo possesso*, così, la sua obbligazione per l' intero, cessa dal momento in cui cessa il suo possesso, sia per *abbandono*, sia per *vendita forzata* o per *vendita volontaria*, il che non pregiudica punto al creditore, poich' egli ha sempre azione sulla cosa, e contro al possessore di essa, colla facoltà di metterla all' incanto ».

Laonde l' erede, per rapporto al rilascio ipotecario, trovasi nel caso degli art. 2168, 2169, 2170, 2172, e 2173 ✳ 2062, 2063, 2064, 2066, 2067

del Codice civile. Per verità gli art. 2170 e 2172 ✳ 2064 e 2066 non accordano la facoltà di rilasciare per effetto dell' ipoteca, se non al terzo possessore che non *è personalmente obbligato al debito;* e potrebbe dirsi che quest' obbligo personale esiste contra l' erede: ma questa obbligazione non regge. La legge à inteso parlare di una obbligazione contratta da un terzo per effetto, in conseguenza, di una particolare convenzione. Ora, un erede non può considerarsi sotto questo rapporto. La sua obbligazione è soltanto una conseguenza della sua qualità di erede, nella quale non può vedersi una obbligazione propriamente detta, poichè egli non deve tutto il debito, come il dovrebbe colui che avesse personalmente contratta l' obbligazione; e poichè egli non deve che una parte unicamente determinata dalla legge. Per esser privo della facoltà di rilasciare per effetto dell' ipoteca, vi vuole un contratto ch' emani da una volontà particolare e precisa, e che imponga un' obbligazione nel nome proprio.

(L'erede può sottrarsi all' azione ipotecaria col mezzo del rilascio, anche quando fosse stato condannato ipotecariamente per l' intero. Può giovarsi del beneficio della discussione.)

173. Per una conseguenza di questi principj l'erede, essendo nella categoria di ogni terzo possessore, ed avendo soddisfatto alla legge col pagar la sua porzione personale come erede, può, per l' art. 2173 ✳ 2067, rilasciare per effetto dell' ipoteca i fondi ch' ei possiede, pervenutigli dalla successione, quando anche fosse stato condannato ipotecariamente per la totalità del credito. Vi è di più: l' erede che à pagata la sua parte del debito, e che possedesse i fondi pervenutigli dall' eredità, non dovendo considerarsi che come semplice posses-

sore, giusta quel che si è detto, potrebbe, a termini dell' art. 2170 ✳ 2064 impedire che questi fondi si vendessero a danno suo, ed opporre che si discutano gli altri beni dell' eredità, posseduti dagli altri eredi. Questi allora a fronte di lui tengon luogo di principali obbligati, de' quali si parla nell' art. 2170 ✳ 2064. Questo è l' avviso del sig. Chabot (de Allier) sull' art. 873 ✳ 794 del Codice civile. Dopo di avervi meditato, e dopo i nuovi sviluppi da me dati alla controversia, mi è impossibile di non essere del suo avviso.

(Regresso dell' erede che ha pagato il debito, contra gli altri.)

174. L' erede che in forza dell' ipoteca imposta su i fondi della successione da lui posseduti è stato obbligato a pagare al di là della sua porzione personale, à un regresso per questo eccedente, contra i suoi coeredi, come contra i legatarj universali; in ragione delle rispettive loro porzioni. Questo è quel che richiede l' art. 873 ✳ 794.

Il modo di questo regresso vien regolato dagli art. 875 e 876 ✳ 795 e 796. « Il coerede o successore a titolo universale, dice l' art. 875 ✳ 795, che in forza d' ipoteca à pagato oltre la sua parte di un debito comune, non ha regresso contra gli altri coeredi o successori a titolo universale, fuorchè per quella parte che ciaschedunо di essi dee personalmente sostenere, quando anche il coerede che à pagato il debito *siasi fatto surrogare ne' diritti dei creditori*; senza pregiudizio però delle ragioni di un coerede il quale in forza del beneficio dell' inventario, abbia conservato la facoltà di ripetere, come qualunque altro creditore, il pagamento del suo credito personale. « Art. 876 ✳ 796: « In caso d' insolvibilità di un coerede o successore a titolo universale, la sua tangente nel debito

ipotecario è ripartita sopra tutti gli altri proporzionatamente. »

Tali erano gli antichi principj insegnati da Pothier sull' art. 338 della costumanza di Orleans, ai quali le disposizioni del Codice civile si sono uniformate. Questo autore spiega molto bene il motivo che à fatta escludere la solidalità fra coeredi, quando anche quello tra essi che avesse pagato oltre la sua tangente si fosse fatto surrogare ai dritti del creditore. Nondimeno il sig. Chabot, sull' art. 875 ✳ 795 n.° 1, fa una giudiziosa osservazione: egli dice che la surrogazione la quale ottien l'erede obbligato a pagare la totalità del debito, non gli è inutile affatto. Se non può giovarsi dell' ipoteca che apparteneva al creditore, affin di costringere ciascuno degli eredi ipotecariamente per l' intero, può almeno giovarsene per costringere, su i beni ipotecati, ciascuno dei possessori per la sua parte e porzione; il che su questi beni gli dà la preferenza su i creditori chirografarj.

Quanto alla eccezione fatta nell' ultima disposizione dell' art. 875, relativa all' erede beneficiato, essa risulta dall' art. 802 ✳ 719 del Codice civile. Questo erede non confondendo i suoi beni proprj con quelli della eredità, può, come potrebbe farlo un estraneo, ripetere anche per intero il pagamento di ciò che à pagato per l' eredità, com'anche i crediti personali ch' avesse egli vantati contra il defunto. Egli può chiedere questo pagamento coll' azion personale, e colla ipotecaria.

(Dell'erede puro e semplice ch'è nel tempo stesso creditore personale ed ipotecario del defunto).

175. Ma dee farsi quel che si è detto, quando uno degli eredi, anche puro e semplice, fosse personalmente debitore col defunto prima dell' aper-

tura della successione? Allora questo erede può costringere i suoi coeredi, possessori al par di lui dei beni ereditarj, non solo per la loro parte o porzione del debito, ma personalmente benanche per l' intero, deducendone la sua tangente, in ragion della confusione operata in persona sua, e di più la parte ch' egli dovrebbe pagare, relativamente alla insolvibilità di uno o più dei coeredi? Tale controversia era stata vivamente disputata tra Lebrun, *des successions*, *liv. 4*, *chap. 2*, *sect. 1*, *n.° 43*, ed il suo annotatore; ed il fu poi fra Toullier e Chabot. Quest' ultimo è per l' affermativa. Io debbo soggiungere che Pothier, *note 2*, *sur l'art. 358 de la Coutume d'Orléans*, si decise per la negativa. A me pare che questo caso non è più quello stesso previsto dall' art. 875 ✳ 795 del Codice. In questo articolo non si trattò che del coerede divenuto creditore, dopo aperta la successione, per acquisto o surrogazione; ed allora egli viene escluso dall' azion solidale ipotecaria, a motivo della sua qualità di uno degli obbligati come erede, il che lo rende simile ad un socio che agirebbe contra i suoi socj, laddove nella specie, il coerede, essendo stato creditore del defunto prima dell' apertura della successione, esige il suo proprio credito e non deve surrogare contra se medesimo. Egli si trovò nel principio generale che i coeredi non confondono i loro dritti fra loro.

Questo principio non è affatto in opposizione con quelli del Codice civile, anzi esso vien corroborato dalla disposizione dell' art. 875 ✳ 795 di questo Codice. Infatti questo articolo parlando solo del caso del coerede che si fa cedere un credito, o che lo paga, dopo aperta la successione, ne siegue che la sua disposizione è estranea al caso in cui si tratta di un credito esistente in persona del coerede, vivo il defunto. Non può estendersi l' un

caso all' altro, quando vi è disparità di circostanza, e motivi diversi per decidere; è dunque difficile di non adottare l' opinione di Chabot.

Ma bisogna convenire che siffatta quistione è pressocchè inutile, ed è anche per questo che non discendo ad altre particolarità. Difatti la pretensione dell' erede, che trovasi nel caso in controversia, deve promuoversi prima della divisione dell' eredità, ed allora, come osserva l' annotatore di Lebrun, qualunque credito che i coeredi vantar possano sulla *eredità*, *o per conto dell' eredità*, non han fra loro che un' azione di divisione. Ciò non avverrebbe adunque se non nel caso in cui la domanda dell' erede fosse formata, dopo fatta la divisione e non prima. Ma in questo caso, che può accader molto di rado, bisognerebbe seguir l' avviso di Lebrun, fondato sulla ragione e su i principj. Esso è conforme all' antica giurisprudenza, e non derogato dal Codice civile.

(Confusione che si opera colla riunione delle qualità di debitore e creditore.)

176. Tutto quello che si è detto della solidalità fra coeredi, mi pàr sufficiente rapporto al mio scopo. Le altre controversie che insorger possono si riferiscono alle obbligazioni in generale. Farò solo osservare la disposizione dell' art. 1301 ✳ 1255, ov' è detto che la confusione la quale à luogo nella persona del *creditore* (1) non giova ai suoi

(1) Il sig. Paillet, su questo art. 1301 ✳ 1255 osserva, che bisognava dir *debitore* invece di *creditore*; e che basta leggere l' articolo per rimanerne convinto. Si conosce che il legislatore à inteso parlare del caso in cui l' uno dei debitori solidali diverrebbe erede del creditore.

condebitori solidali se non per la porzione di cui era egli debitore.

(Solidalità dei censi: di quelli formati anticamente).

177. Eccomi a quel che riguarda la solidalità dei censi. Convien distinguere quelli ch' esistevano anticamente, da quelli costituiti dopo il Codice civile.

Quanto ai primi, essi erano immobili, irredimibili di loro natura, eccettocchè non vi fosse stata una stipulazione contraria; ed anche questa facoltà di redimerli si prescrivea col decorso di trent' anni. Questi censi eran capaci d' ipoteca perchè rappresentavano i fondi: essi erano un dritto reale che il proprietario si riserbava sul fondo coll' atto di concessione. Era particolar natura di questo contratto che il censuario non s' intendeva obbligarvisi se non durante il tempo ch' egli possederebbe i fondi; talchè egli poteva, a suo talento, disobbligarsi dal pagamento dei censi, abbandonando i fondi medesimi, abbandono, che sotto l' impero delle antiche leggi denominavasi *déguerpissement*. Nondimeno non vi era ammesso se prima non soddisfaceva tutti gli arretrati dovuti durante il suo possesso, lasciando il fondo in buono stato, o colle migliorìe stabilite.

Ma questa facoltà di abbandonare aveva luogo rarissimamente, perchè d' ordinario stipulavasi, a

---

Il nome di *creditore* à potuto presentarsi da prima allo spirito: ma la verità si è che sarebbe stato più esatto il dir *debitore*. Questa idea risulta dal modo col quale il sig. Maleville si esprime su questo articolo. Egli non fa però alcuna osservazione. La lettura di quel che dice Pothier, *des oblig. n.° 609 sur la fin*. facilità l' intelligenza di questo articolo 1301 ✳ 1255.

danno del censuario la clausola *di garantire, fornire e far valere*. Risultava da questa clausola che il censo doveva sempre corrispondersi dal censuario o dai suoi eredi. Nè solamente era colpito dall' ipoteca il fondo censito per sicurezza del censo, ma benanche tutt' i beni del censuario, in qualunque mano avesser fatto passaggio, perchè l' ipoteca secondo l' antica legislazione era generale; ed allora riproducevansi tutt' i principj relativi all'azione personale ed alla ipotecaria. Quindi infinite difficoltà per determinare i casi in cui queste due azioni potevano esercitarsi.

Riguardo ai terzi possessori dei fondi, colui che non aveva veruna conoscenza del censo, poteva evidentemente rilasciare, quando era convenuto pel pagamento. Questa facoltà apparteneva al terzo possessore benanche, il quale avesse acquistato il fondo col peso del censo; ammenocchè non gli si fossero fatto conoscere tutte le clausole contenute nella concessione dalle quali risultava il divieto di rilasciare, ed ammenocchè non si fosse egli obbligato specialmente di garantire, per l' effetto di tali clausole, il censuario ed i suoi eredi. Il rilascio non rendeva perciò, il creditore del censo proprietario del fondo. Egli nol diveniva se non facendo risolvere il contratto a danno del censuario e de' suoi eredi. Poteva egli ancora intimar loro l'abbandono, e farli condannare a continuare il pagamento del censo. Io qui do solo una leggiera idea de' principj su questo assunto. Essi però trovansi ampiamente sviluppati da Loyseau, nel suo *Traité du déguerpissement*. Essi trovansi ancora in molti altri autori più moderni, e specialmente in Pothier, *Introd. au titr. 19 de la Coutu. d' Orl. chap. 2.*

Ma questi principj àn sofferto grandi cangiamenti in virtù di due leggi, l'una del 29 decembre 1790,

l' altra del 20 agosto 1792. La prima dichiara redimibili tutt' i censi; la seconda, tit. 2, dichiara la estinzione della solidalità dell' ipoteca, cui eran soggetti per le leggi precedenti. Intanto è necessario osservare che siffatta estinzione di solidalità è subordinata alla condizione di una verifica fatta in contraddizione del creditore del censo e coloro che posseggono divisamente i fondi soggetti. Questa verifica dee avere per risultamento la determinazione delle porzioni dei fondi censiti che ciascuno dee possedere per l' avvenire, e la tangente del censo che dev' essere imposto sopra ciascuna delle porzioni. E solo dopo questa operazione, che va fatta a spese dei censuarj, che la solidalità si estingue. Da questo momento, ogni possessore deve unicamente la sua tangente del censo. Quella di ciascuno degli altri possessori à finito di esser suo debito. Non può essere astretto per questa tangente altrui nè personalmente nè ipotecariamente. La divisione del fondo soggetto al censo produce la divisione dell' azione contra le persone e nel tempo stesso l' estinzione della solidalità ipotecaria. Io fo questa osservazione, perchè ho visti insorger dei dubbj a questo riguardo. Ma fino a che l' operazione da me indicata non à luogo, gli antichi principj in ordine al modo di astringere i censuarj, debbono esser seguiti. Conviene osservare che queste misure sono state dichiarate comuni ai censi dovuti al tesoro pubblico, giusta un avviso del Consiglio di stato, del 24 *fructidor* anno 12 (18 settembre 1804).

Queste leggi ànno intieramente snaturato siffatta rendita. In seguito i censi son divenute cose meramente mobili. L' ipoteca che ne formava la garantìa, à dovuto conservarsi col mezzo della iscrizione, come per ogni altro credito. Su di ciò mi sono spiegato a sufficienza, nel §. precedente, n.° 161.

(Solidalità de' censi creati dopo il Codice civile.)

178. Quanto ai censi creati dopo il Codice civile, essi non possono paragonarsi agli antichi di cui ò già fatta parola. Essi non sono capaci d' ipoteca, come l' ho fatto conoscere nel § precedente, n. 160. La Corte reale di Nimes si esprimeva con una grande precisione, dicendo, nella sua decisione del 23 *frimaire* anno 4 (14 decembre 1806) che non à guari ò citato, che « il cessionario di uno stabile ch' è stato o sarà dato a censo, ne à attualmente la proprietà, *il dominio*, e che il proprietario della rendita non ha che un credito mobiliare sul fondo censito; che questi deve iscriversi su i beni del suo debitore, e che non à altra via se non quella della spropriazione: ch' egli non è più se non un creditore di un debito, per verità, inesigibile; ma che nel caso previsto dall' art. 2184 ✳ 2083 del Codice, è autorizzato a ripetere la somma capitale del suo credito. » Queste proposizioni sono altrettanti principj le di cui conseguenze sono facili a tirarsi. Ora non può più quistionarsi di abbandono propriamente detto, ma solo di rilascio per effetto dell' ipoteca, nel caso in cui ha luogo per legge.

Ma è cosa essenziale l' osservare che le misure stabilite dalla legge de 20 agosto 1792, onde distruggere la solidalità che aveva luogo pe' censi antichi, e ch' io ò spiegato nel n. precedente, non sarebbero ammisibili pe' censi creati dopo il Codice civile. Queste misure erano straordinarie, fuori del dritto comune, e non possono estendersi a ciò ch' è stato fatto sotto l' impero del Codice, ch' è concepito con idee differenti; talchè i principj di solidalità stabiliti dal Codice, debbono seguirsi riguardo a questi censi, per tutto il tempo della

loro durata, come per tutti gli altri crediti ipotecarj. Questa opinione sarebbe fondata del pari per quei censi costituiti nell' intervallo che passa fra la legge del 20 agosto 1792, e la promulgazione del Codice civile. Niuna legge impediva allora la costituzione di tai censi. L' art. 1. della legge del 29 decembre 1790 proibiva soltanto di crearne per l' avvenire. Merlin *Rep. de jurisp.* alla parola *Rente foncie.* § 2, *art.* 1. *n.* 7 cita alcune leggi emanate in quell' intervallo di tempo, che autorizzano i comuni a formarne delle simili, colla semplice facoltà della ricompra; e, all' art. 2., lo stesso autore, dopo di aver riferite le disposizioni della legge del 20 agosto 1792, relative al modo di sottrarsi alla solidalità, dice, con ragione, che quelle disposizioni non sono applicabili ai censi costituiti dopo di quella legge.

(Diverse difficoltà prodotte del principio della indivisibilità dell' ipoteca, e specialmente del concorso delle ipoteche generali colle speciali.)

179. Passo al terzo oggetto propostomi come uno dei più importanti sulla indivisibilità dell' ipoteca. In conseguenza di questo principio d' indivisibilità si sono elevate molte difficoltà, la cui soluzione è sembrata imbarazzante: intendo parlare del caso in cui, ipoteche generali sugl' immobili, concorrono con ipoteche speciali. Affin di discutere con più metodo le quistioni che tali difficoltà posson far nascere, io le tratterò successivamente, presentando degli esempj, ai quali farò l' applicazione dei principj che li concernono.

Primo esempio. Un creditore ha un' ipoteca generale, sia legale, sia giudiziaria, sopra due fondi appartenenti ad una sola persona, e situati in due diverse provincie: Un altro à un' ipoteca speciale,

ma solo sopra uno di questi due fondi e posteriore alla prima. Una graduazione si apre per la espropriazione del fondo gravato dall' ipoteca speciale. La graduazione si chiude, e il creditore con ipoteca generale, assorbisce la totalità del prezzo da distribuirsi. In seguito un giudizio di ordine si apre per la espropriazione del fondo situato nell' altra provincia; il creditore dell' ipoteca speciale sul primo fondo, il cui prezzo fu assorbito, e che fin da quel momento era rimasta senza effetto, à dritto sul valore del secondo fondo che dee distribuirsi fra i creditori che ànno ipoteca speciale su questo fondo medesimo? Questo creditore può far valere, in forma di surrogazione, i dritti che avrebbe potuti esercitare sull' altro fondo come sul primo, il creditore che aveva l' ipoteca generale anteriore e che l' ha fatta gravitar tutta intera sul primo fondo? In altri termini, il creditore che à un' ipoteca generale, per esercitarla tutta intera, può scegliere a suo talento uno de' fondi del debitore, sia qualsivoglia il torto che da questa scelta ricade ai creditori che hanno ipoteche speciali su questo fondo, e che non ne hanno sugli altri gravati anch' essi da ipoteche speciali?

Il sig. Tarrible à trattato siffatta quistione nel suo articolo *Transcription* inserito nel *Répert. de jurisp.*, *§ 6*, *n. 5*. Il caso da lui previsto non è precisamente lo stesso, ma è tanto simile ch' è assolutamente capace dei principj de' quali è capace quello di cui mi occupo. Se scelgo questo è perchè l' ho visto presentarsi alla Corte reale di Riom. Il sig. Tarrible tratta la quistione coll' ordinaria sua sagacità; e, vivamente penetrato dal torto che per questo stato di cose deriva al creditore con ipoteca speciale, vinto dall' ipoteca generale, va cercando un mezzo di equità che possa accordarsi coi principj del dritto, per indennizzarnelo. Dopo qual-

che tentativo egli crede di aver trovato questo mezzo, almeno per analogia, negli articoli 540, e 541 ✳ 532 e 533 del Codice di commercio; egli finisce per dire che, « nel caso supposto, il creditore con ipoteca convenzionale sul fondo venduto il primo, *dovrà avere una surrogazione legale* ai dritti del creditore giudiziario, sugli altri fondi del debitore, fino alla concorrenza della porzione di contributo che ciaschedun fondo avrebbe dovuto sopportare nel debito giudiziario, secondo la proporzione dei loro rispettivi valori. »

Malgrado la mia deferenza per le opinioni di questo magistrato, io son di parere ch'è impossibile che questa venga ammessa. Io non veggo che il creditore vinto nella prima graduazione dalla preferenza dovuta al creditore la cui ipoteca è legale o giudiziaria, possa affacciare alcuna surrogazione ai dritti di quest' ultimo. Non vi sono che due specie di surrogazioni, *la legale*, cioè, e la *convenzionale*. Tale si è il risultamento degli articoli 1249, 1250, e 1251 ✳ 1202, 1203, e 1204 del Codice civile. Ora, è chiaro che nel nostro caso non vi è alcuna di queste surrogazioni.

Dagli articoli del Codice di commercio invocati dal sig. Tarrible, non se ne deduce alcuna, neppure per analogia. Il risultamento di questi articoli si è, che quando, in caso di fallimento del debitore, i creditori ipotecarj avessero partecipato nella ripartizione dei danari ricavati della vendita de'beni mobili, nella proporzione dei loro crediti, in concorso dei creditori chirografari, e che in seguito della distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita dei beni immobili ipotecati, i creditori ipotecarj fossero stati utilmente graduati per la totalità dei loro crediti, essi allora non avranno la somma della loro graduazione ipotecaria, se non fatta la deduzione delle somme da essi percepite nella massa chirogra-

faria. La legge ordinò la reversione delle somme dedotte, alla massa chirografaria, a vantaggio della quale saran distribuite. Ora, siffatta disposizione dipende da principj affatto stranieri alla quistione di cui si tratta. Se un debitore fallito rimane dei beni mobili ed immobili gravati da ipoteche, tutta la sua fortuna dividesi naturalmente in due masse, quella dei beni mobili, e quella dei beni immobili. I dritti dei creditori su queste due masse non sono i medesimi. I creditori ipotecarj possono esercitare i loro dritti su i beni mobili, in concorrenza coi creditori chirografari, proporzionatamente, quando la ripartizione del danaro ricavato dalla vendita dei beni mobili precede la distribuzione del prezzo della vendita dei beni immobili. La ragione si è che tutt'i beni del debitore, di qualunque natura, lor sono obbligati, e ch'essi non possono essere astretti ad aspettare, per aver tutto o parte di quel che loro è dovuto, la graduazione sul prezzo ricavato dalla vendita de' beni immobili, il cui destino è incerto. Ma non è meno vero che la massa dei beni mobili è una massa distinta, sulla quale i creditori chirografarj hanno un dritto eguale a quello dei creditori ipotecarj, e tutti debbono concorrervi per contributo, mentre i soli creditori ipotecarj àn dritto sugl' immobili; ed anche se il valore di questi fondi non è interamente assorbito dai creditori ipotecarj, i chirografarj si dividono ciò che rimane, ma sempre per contributo. Ora è duopo riflettere che la reversione ordinata dall'art. 541 ✳ 533 del Codice di commercio, alla massa chirografaria, nel caso ivi previsto, non è che una conseguenza immediata del dritto che hanno i creditori chirografarj su questa massa. Questo dritto lo ripetono da loro; è inerente alla loro qualità di creditori; non vogliono e non prendono se non quello ch'è loro, E non ànno bisogno d'invocare, ed in effetti non

invocano alcuna specie di surrogazione. Nondimeno il sig. Tarrible sostiene che tale reversione non può avere altro fondamento se non in *una specie di surrogazione legale* che si opera, di dritto, in favore della massa chirografaria, o dei creditori ch' essa rappresenta, per indennizzarli ec.... » Ma è perchè questa maggiore dell' argomento è priva di fondamento giacchè scambia un dritto coll' altro, che la conseguenza è fallace.

D' altronde la surrogazione che è la base dell' opinione del sig. Tarrible, non sa concepirsi. Quando si è proceduto alla graduazione sul prezzo della vendita ch' è stato assorbito dal creditore il quale ha l' ipoteca generale, e senza che vi abbiano parte, i creditori i quali ànno l' ipoteca sull' altro fondo, su cui il creditore ch' è stato vinto nella prima graduazione, non à ipoteca speciale, allora tutto è finito. Vi è di più; il creditore che à l' ipoteca speciale può essere pagato in conseguenza della sua collocazione, ed allora la sua ipoteca vien radiata. Non vi esiste dunque nè dritto nè credito. E come si potrebb' essere surrogato a ciò che non esiste. Si comprende ancora che i creditori iscritti sul secondo immobile, sul quale verrebbe ad ersercitare i suoi dritti il creditore iscritto solo sul primo immobile, e la cui iscrizione sarebbe divenuta inefficace, si troverebbero nella impossibilità di esaminare se tutto quello che è stato fatto nella prima graduazione è legale, ovvero no; e se il creditore vinto da quello che aveva un' ipoteca generale, ha vegliato o no, alla conservazione dei suoi dritti. Non potrebbero più formarsi terze opposizioni; nè si sarebbe più al caso di esaminare s' egli poteva fare una nuova offerta sul fondo venduto per accrescere il valore del pegno dei creditori. Ecco altrettante riflessioni secondarie che vengono in appoggio del mezzo di drittto che si eleva contra l' opinione del sig. Tarrible, mezzo che da se solo serebbe decisivo.

Del resto, non si può nemmen dire che l'attuale legge offra, a questo riguardo, delle lacune. Indicando i mezzi onde stabilir le ipoteche, fa conoscere i rischi che si posson correre. Il creditore, nella nostra specie, deve incolpar se stesso di non avere estesa la sua ipoteca rendendola generale. Dico che poteva renderla *generale* col fatto, facendo comprendere nell'ipoteca nominativamente e specialmente tutti, o la maggior parte almeno, dei fondi del debitore. Ha dovuto egli prevedere che coloro che lo vincevano in forza di un'ipoteca legale e giudiziaria, potrebbe esercitar queste ipoteche, giusta il principio della indivisibilità, sul fondo sul quale egli si contentava di un'ipoteca speciale. In una parola, nell'art. 2113 ✳ 2001 del Codice civile, si dice che l'ipoteca non ha luogo, fuorchè nei casi e secondo le forme autorizzate della legge. Ora la legge non autorizza l'ipoteca per mezzo della surrogazione, almeno nel caso in cui versiamo; e colui che usa del dritto della indivisibilità non si presume che commetta una frode.

Io non mi fermerò alla decisione della Corte reale di Riom resa nella specie da me indicata, fra il sig. Paultrier, ed il sig. Leymerie ed altri, il 2 dicembre 1819, poichè essa non à giudicata precisamente la quistione. La Corte si determinò per circostanze particolari. Nondimeno osserverò che ne risulta la conferma della sentenza del tribunale civile d'Issengeaux, del 30 novembre 1818, che in dritto, aveva rigettata una dimanda di surrogazione avanzata dal sig. Paultrier, secondo la opinione del sig. Tarrible, sulla quale egli si fondava. Devo intanto far osservare che uno dei motivi della decisione della Corte reale si era che il sig. Paultrier avrebbe dovuto domandare al tribunale di Santo-Stefano, ove si era fatta la prima graduazione, la surrogazione, ai dritti del creditore, le cui ipoteche

eran generali e le vincevano. Ma da quel che s' è detto si scorge, che la quistione, se la surrogazione poteva essergli accordata, non sarebbe stata senza difficoltà. Possono i tribunali ordinare una surrogazione non autorizzata da veruna legge? giacchè questa surrogazione non risulta in nessun modo dall' art. 1251 ✳ 1204 del Codice civile.

Del resto tutte queste difficoltà non avrebbero luogo se colui che presta ad un marito o tutore, prendesse le precauzioni suggerite dalla legge per di lui sicurezza; egli allora non correrebbe alcun rischio. Tali precauzioni sono semplicissime; consistono in una riduzione d' ipoteca che potrebbe esigersi dal marito o tutore col quale si è contrattato. Vi sarebbero allora de' beni liberi, ed esenti da ogn'ipoteca. Questi beni sarebbero conosciuti, e l' ipoteca che prenderebbesi su di essi sarebbe al coverto da qualunque attacco. Ripeto qui quel che dico in qualche altro luogo di questo trattato, vale a dire, che seguendo la legge, i rischi dileguansi, e che convien querelarsi di se medesimo se non si sono messi in opera i mezzi da essi suggeriti

Aggiungo pure che il creditore il quale fosse vinto per sua colpa, potrebbe ripararla sodddisfacendo il credito che vanta un'ipoteca legale o giudiziaria, credito così pericoloso per lui. Tale pagamento genererebbe una surrogazione legale, giusta l'art. 1251 ✳ 1204 del Codice civile, §. 1.° Ma la riduzione delle ipoteche richiesta dal creditore prima di contrarre, è il mezzo più semplice, e più facile, mentre qualche volta le circostanze economiche del creditore con ipoteca speciale non gli permetterebbero di soddisfare il credito con ipoteca generale onde ottenerne la surrogazione legale. Circa il vantaggio che deriva dalla riduzione delle ipoteche legali, io ò indicato solamente il caso di colui che presterebbe, ad un marito o tutore. Io non parlo del caso di colui che

volesse acquistare il fondo dall'uno o dall'altro, poich' egli à un mezzo che manca al creditore, come sarebbe quello di poterlo liberare da queste ipoteche ritenendosi, per la concorrente quantità, parte del valor della compra.

180. Secondo esempio. Nondimeno, se del prezzo ricavato dalla vendita dei fondi del debitore, si fosse fatto un sol giudizio di graduazione, presso di un solo tribunale, e tra i suoi creditori riuniti in massa, alcuni dei quali con ipoteche generali, sien legali, sien giudiziarie, ed altri con ipoteche speciali vinte dalle prime, potrebbe allora adottarsi un temperamento che concilii per quanto è possibile tutti gl'interessi; e ben si conosce che bisogna sempre, quando i principj lo permettono, ricorrere ai rimedj indicati da un sentimento di giustizia e di equità. In Sirey, tom. 17, 2.ª part., pag. 397, trovasi una decisione della Corte reale di Parigi, del 31 agosto 1810, che può servir di norma in questa sorta di difficoltà.

La vedova della Rochefoucauld, ecco la specie della decisione, copriva col suo privilegio, come venditrice, tutti o la maggior parte dei beni di un certo Guesson, il che non si rileva chiaramente dalla decisione, ma che del resto è indifferente per la causa. Il sig. Guesson, dopo lo stabilimento del privilegio diede molte ipoteche speciali ad un gran numero di creditori. Questi procederono a pignoramento e vendita di tutt'i fondi di lui. Un giudizio di graduazione fu aperto innanzi al tribunale di prima istanza di Parigi. La sig. Rochefoucauld, che aveva già provveduto alla conservazione del suo privilegio che gravitava su molti fondi, designò quello sul quale volea che cadesse la sua collocazione per intero. Si scorge ch' ella aveva dritto ed interesse a non esser pagata parzialmente, e con molti borderò di collocazione, salvo, diceva ella, ai creditori di

far figurare fittiziamente, questo privilegio sul valore degli altri immobili, per dividersi questo valore proporzionatamente fra loro. Molte eccezioni si promossero fra gli altri creditori, rispetto ai loro crediti, ed è inutile ch' io le vada enumerando. Lo stesso credito della sig. Rochefoucauld sperimentò qualche opposizione: ma per queste i creditori andarono a soccumbervi. Non pare che si opponessero alle di lei conclusioni, ed alla fittizia reversione del suo privilegio, di cui ò parlato. Il tribunale di prima istanza adottando tutt'i mezzi della sig. Rochefoucauld ordinò siffatta reversione, e la decisione di appello confermò per questa parte la sentenza.

Dovrebbe dirsi la medesima cosa nel caso in cui, senza esservi dei creditori privilegiati: vi fossero dei creditori con ipoteca generale, i quali concorressero con quelli che avessero soltanto ipoteche speciali. Suppongo che questi creditori, con ipoteca generale alcuni, ed altri con ipoteca speciale, si trovassero innanzi allo stesso tribunale, per una graduazione generale del prezzo ricavato dalla vendita di tutt'i fondi del debitore, sia che non si fosse aperta da prima che una sola graduazione, sia che se ne fossero aperte due, ma congiunte insieme. Si vede la differenza che passa fra questo esempio ed il primo. Nel primo le graduazioni son due, sono successive, ed in due diversi tribunali. Chiusa la prima graduazione, nella quale à figurato il creditore con ipoteca speciale sul fondo venduto, ed il quale non à potuto esser collocato, tutto è finito; egli rimane irrevocabilmente spogliato di qualunque dritto sugli altri fondi situati in un'altra provincia, su i quali non à ipoteca speciale, o pei quali si apre in seguito un'altra graduazione; laddove nel secondo esempio, non si apre che una sola graduazione per tutt'i fondi, innanzi allo stesso tribunale: tutt'i creditori son presenti; essi veglian tutti a vicenda

alla conservazione dei loro dritti. Nulla impedisce adunque, che in seguito delle diverse combinazioni che possono avvenire, si colgan quei mezzi atti a conciliare tutti gl'interessi delle parti: le circostanze facilitano l'uso di questi mezzi, il che non può avvenire nel primo esempio.

181. Terzo esempio. È pur con queste idee ch'è stata resa una decisione dalla Corte reale di Parigi, del 10 marzo 1809; quantunque sia stata in una specie che presenta delle differenze, relativamente a quella della decisione del 31 agosto 1810. Essa è riferita da Sirey, *anno 1809, 2. parte, pag. 315*. Nel 1789 l'Ospizio degl'incurabili di Parigi aveva affittato al sig. Paschal, durante la di lui vita, una casa ed un fondo situati a Parigi. L'affitto fu convenuto per 1,600 fr. l'anno, e coll'obbligo di fare molte importanti costruzioni su quel fondo. Tutt'i beni presenti e futuri del sig. Paschal furono ipotecati per la sicurezza della sua obbligazione. Egli vendè ai sig. Soubirau e Berthole, fondi diversi da quelli affittatigli dall'Ospizio. Egli aveva soddisfatto agli obblighi contratti con questo, in guisa che i dritti dell'Ospizio e gli arretrati che forse potevan esser dovuti, eran piucchè assicurati dallo stato dei fondi locati a vita. Molti di questi fondi erano stati ceduti coll'obbligo di corrispondere la rendita dei 1,600 fr. Le vendite degli altri beni soggetti all'ipoteca generale furono trascritte, e si aprì una graduazione sul valore ricavatosene. I creditori opposero all'Ospizio che dimandava di esser collocato, che i fondi i quali formavano l'oggetto della locazione a vita, stante le costruzioni fattevi dal conduttore, davano un prodotto molto superiore all'annuo convenuto pigione, che quindi l'Ospizio avendo, nella sua cosa un pegno sufficiente, non aveva interesse di esser collocato. Siffatta eccezione venne accolta dalla decisione che per questa parte confermò la

sentenza del tribunale di prima istanza. « Attesocchè, dice la decisione, le case situate a Parigi, acquistate da Soubirau e Berthole, non àn fatto mai parte dei fondi locati a vita dall'Ospizio a Paschal; che l'Ospizio à un pegno piucchè sufficiente per esser sicuro della esecuzione delle clausole dell'affitto a vita, nelle costruzioni e rendite delle case fabbricate su i fondi locati, e su i quali essa à un *privilegio*, il che rende inutile l'esame della sua *ipoteca generale* sulle case vendute a Berthole e Soubirau, poich'esso non à veruno interesse a questo riguardo. ec. » Laonde questa decisione, giusta il testo medesimo che ne dà l'autore della Raccolta, à giudicato che il creditore il quale à un'ipoteca generale su i fondi del suo debitore, per sicurezza di tutte le clausole del contratto, e che à di più un privilegio sopra dati immobili, quando quest'immobili offrongli un pegno piucchè sufficiente, non deve esser graduato sul prezzo degli altri beni venduti.

Ciò nondimeno io non posso tralasciar di osservare che le decisioni di questo genere dipendono molto dalle circostanze; che il principio della generalità ed indivisibilità dell'ipoteca dee sempre rispettarsi, e che le restrizioni le quali si farebbero, non possono giustificarsi altrimenti, come nella specie della decisione del 10 marzo 1809, se non giustificandosi che il privilegio sarebbe piucchè assicurato sul valore e stato dei fondi soggetti al pagamento del pigione, che si può anche combinare colla durata di questo medesimo pagamento. In tale decisione non vi è neppure una derogazione propriamente detta al principio della indivisibilità dell'ipoteca. Non vi si vede altro che l'applicazione di un altro principio conservato in tutt'i tempi dall'equità, che non deve, cioè, tollerarsi l'esercizio di un dritto rigoroso, quando

non giova a colui che l'à esercitato, e nuoce considerabilmente ad un altro.

Del rimanente, per non vulnerare il principio della indivisibilità dell' ipoteca, per la conservazion del quale bisogna propendere, si potrebbe anche secondo le circostanze non liberare il prezzo ai creditori iscritti su i fondi su i quali gravitasse l'ipoteca generale di colui che à un privilegio su gli altri fondi, se non sotto la condizione di dar cauzione, e di conferire in seguito l'ammontar delle collocazioni se l' uopo il richiegga. È questo un mezzo per conciliar tutti gl' interessi, senza offendere il principio della indivisibilità.

(Principio mercè cui può farsi giustizia a tutt' i creditori ipotecarj che concorrono. Quarto esempio.)

182. Onde far giustizia a tutt' i creditori ipotecarj, sebbene vi sia concorrenza d' ipoteche legali o generali, con ipoteche speciali, non si à che a seguire un principio semplicissimo, ed è, com' io l' ho già detto nel discorso preliminare, che seguendo lo spirito e l' andamento della legge, niuna cosa vieta al debitore quantunque i suoi beni sieno di già gravati da ipoteche legali o generali, di gravarli ancora d' ipoteche speciali quando, sia il debitore, sia il creditore, credono che i beni bastino per far fronte tanto alle prime ipoteche generali, quanto alle nuove ipoteche speciali (1). Come pure, se non si tratta d' ipoteche generali, niente vieta al debitore di costituir successiva-

(1) Ma non vi è nulla di più sicuro quanto il prestare ai mariti e tutori dopo ridotte le ipoteche legali, come non cesserò mai di ripeterlo, specialmente se vi è qualche dubbio sulla morale di colui che prende ad imprestito.

mente sullo stesso fondo molte ipoteche speciali, quando si sa che il suo valore basta per tutti.

Nella seconda ipotesi non vi possono essere difficoltà. Le ipoteche speciali son graduate secondo l'ordine delle loro date. Se i fondi non bastano per soddisfare l'ultima, il creditore deve imputare a se stesso la sua propria imprudenza. Questo solo basta per far conoscere il vantaggio che vi è di aver la prima ipoteca speciale su di un fondo. Non è dunque meraviglia se, quando si dà una somma ad una persona, coll' obbligo di impiegarla secondo certe circostanze, in compra di stabili o a mutuo con ipoteca, sovente si stipuli che l'impiego sia fatto *per la prima ipoteca*.

Ma nella prima ipotesi le difficoltà sono maggiori: è però facile per mezzo della diligenza e dell' attenzione, di appianarle. Per farmi intendere stabilisco un esempio. Supponghiamo che la proprietà del debitore consista in tre fondi ciascuno del valore di 10,000 fr. Indico il primo fondo colla lettera A, il secondo colla lettera B, il terzo colla lettera C. Ammettiamo che sopra questi tre fondi vi sia un' ipoteca generale di 20,000, fr. e che vinca tutte le altre per anteriorità: supponghiamo che mentre questa ipoteca generale esisteva, il debitore avesse specialmente ipotecato il fondo B a Paolo, il 1 di gennajo, per 16,000 fr. e che in seguito abbia ipotecato specialmente a Pietro il fondo C, il 1 marzo, per altri 10,000 fr. È manifesto che su questa massa di beni del valore di 30,000 fr., il creditore con ipoteca generale, per la somma di 20,000 fr., dee collocarsi in preferenza degli altri creditori. Ma s' egli fosse pagato del suo credito dal valore del fondo A e dal valore del fondo B, questa operazione produrrebbe un' ingiustizia, senza giovare per nulla a questo creditore de' 20,000

fr. Ne risulterebbe in fatti, che *Paolo* il quale à una prima ipoteca speciale, dopo la generale sul fondo B, perderebbe la sua ipoteca, e *Pietro* che à un' ipoteca speciale sul fondo C, la conserverebbe, quantunque posteriore a quella di *Paolo*. Ond'evitare una tanta ingiustizia, niente impedisce che si faccia gravitar l' ipoteca generale prima sul fondo A e poi sul fondo C, per lasciar sussistere in favor di *Paolo* la sua ipoteca sul fondo B, poichè questa ipoteca è anteriore a quella di *Paolo* sul fondo C. Questo temperamento è fondato e sull' equità e sullo spirito della legge. Ben si vede che tutt'i creditori i quali, come Paolo, àn dovuto contare con sicurezza sulla solvibilità del debitore, allorchè essi prestavano il lor denaro, perchè i suoi beni erano meno gravati da ipoteche, debban essere preferiti a coloro che avessero prestato dopo di essi, e che dovevan riposare con minor fiducia sul ricupero dei loro crediti, poichè si suppone ch' essi conoscessero tutte le ipoteche precedenti.

(Esempio di mezzi fraudolenti che conviene allontanare).

183. È così facendo che possono impedirsi alcuni mezzi ingiusti e fraudolenti, de' quali si è visto qualch' esempio. In fatti l' esperienza insegna che in questo caso di concorso fra ipoteche generali e speciali, la cupidigia e la furberìa àn fatto di tutto per muovere a piacer loro le ruote del sistema ipotecario, e per sottrarsi alla trista situazione in cui trovansi e procurarsene una migliore a danno del creditore che legittimamente e di buona fede la occupava. Da queste astute combinazioni potrebbe derivare che, abusando del principio della indivisibilità, un' ipoteca generale verrebbe usata in modo che un creditore, primo con

ipoteca speciale sopra un fondo particolare, sarebbe vinto da un creditore anche speciale sullo stesso fondo, quantunque posteriore in data. Si ravvisa benanche che io non posso farmi intendere bene se non presentando una ipotesi, ch' è la seguente.

Paolo è proprietario di due fondi; l' uno A l' altro B. Il fondo A produce in seguito di una spropriazione 120,000 fr., il fondo B 20,000. Questi due fondi sono gravati da un' ipoteca legale di 40,000 fr., ed in secondo luogo da un' ipoteca generale anche di 40,000 fr. In questo stato di cose *Paolo* nel 1809, aveva dato un' ipoteca speciale a *Giacomo* sul fondo B per la somma di 20,000 fr. Nel 1810 aveva dato a *Pietro* un' ipoteca speciale tanto sul fondo A che sul fondo B per 60,000 fr. Ecco dei beni che valgono 140,000, ipotecati per 160,000 fr. di debiti, talchè è indispensabile che uno dei creditori perda 20,000 fr. In seguito di aggiudicazione si apre una graduazione. Si vede a colpo d' occhio la via naturale che dee tenere questo giudizio. L' ipoteca legale dev' essere soddisfatta con 40 m. fr. da prendersi sul fondo A; l' ipoteca generale lo dev' essere in seguito, con una simile somma di 40,000 fr. da prendersi dal prezzo del fondo A, cosicchè dalla totalità del valore di questo fondo avanzano fr. 40,000. L' ipoteca di *Giacomo* per 20,000 fr. dev' esser soddisfatta dal valore del fondo B che vale appunto 20,000 fr., poichè egli è il primo creditore ipotecario speciale su questo fondo. Quanto ai franchi 40,000, residuo del valore del fondo A, essi debbono darsi a *Pietro* per soddisfarlo della sua ipoteca speciale ma posteriore a quella di *Giacomo*, imposta sul fondo A e sul fondo B. Vi è *deficit* per lui di 20,000 fr. ch' egli perde, mentre invece di 60,000 fr. de' quali è creditore, non ne ha che 40,000. Ciò na-

sce dalla natura delle cose e dalla sua propria imprudenza.

Ma se al creditore che à l' ipoteca legale di 40,000 fr. o a *Pietro* che può colludere con questo creditore, e comprare il suo consenso, piacesse, abusando del principio della indivisibilità dell' ipoteca, far cadere 20,000 fr., metà di questo credito legale, sul fondo B, che sarebbe allora assorbito, e non far cadere sul fondo A, se non gli altri 20,000 fr. rimanente metà, che ne risulterebbe in questo caso? *Giacomo* non potrebbe esser soddisfatto dal valore del fondo B, il solo sul quale abbia un' ipoteca speciale, e quindi perderebbe il suo credito: mentre poi il fondo A, trovandosi, per questa operazione sgravato di 20,000 fr. relativamente all' ipoteca legale, sul prezzo di questo fondo rimarrebbero liberi 20,000 fr. dopo essersene dedotti gl'interi 40,000 fr. ammontare dell' ipoteca legale. E tanto i 20,000 fr. che i 40,000 li potrebbe reclamar *Pietro* in forza della sua ipoteca speciale sul fondo A, sul quale *Giacomo* non à ipoteca, essendo questa ristretta al fondo B. Allora *Giacomo* perderebbe il suo credito ad onta che per sua sicurezza avesse un' ipoteca anteriore a quella di *Pietro*.

Crederebbesi che si sia presentata innanzi al tribunale una pretensione tanto furba? Eppure se ne trova un esempio in una decisione della Corte reale di Parigi, del 28 agosto 1816. Veg. il continuatore di Denevers, *anno 1817, pag. 85, supp.* La specie che si rapporta è così monca di particolarità che può a stento concepirsi, non essendo ivi indicati, nè l' ammontar dei crediti rispettivi, nè il valore di ciascuno dei beni. Per supplire a siffatta mancanza mi son io proposto un caso particolare sul quale ò fondata l' ipotesi da me or ora presentata. Ma tutto quello ch' io dico, nel risultato,

si trova conforme alla cosa giudicata da questa decisione. Essa à rigettata, come pur dovea aspettarsi, una pretensione avanzata da un certo sig. Chesjean, simile a quella da me supposta per parte di *Pietro*, il quale aveva acquistato realmente o fittiziamente, i dritti costitutivi dell' ipoteca legale. La decisione non contiene i motivi, perchè conferma semplicemente una sentenza del tribunale di Joigny. È in questa sentenza che trovansi i motivi che hanno determinata la decisione; essi non lascian nulla a desiderare; essi contengono uno sviluppo luminoso non solo dei principj che particolarmente riferisconsi alla quistione, ma ancora delle vedute generali del legislatore, sull' ordine col quale deggion pagarsi i creditori con ipoteche generali e speciali sopra i fondi, i quali concorrono per esser graduati. Io ho creduto dover qui rapportare l' intera sentenza. Si scorgerà a quante frodi potrebbe aprire il varco il sistema ch' è stato rigettato.

« Considerando che il nuovo sistema ipotecario à per base fondamentale di far godere i creditori ipotecarj de' vantaggi che possono derivare dall' anteriorità, dalla pubblicità, e dalla specialità dell' ipoteche; che in questo sistema si ammette la concorrenza delle ipoteche speciali colle ipoteche legali e giudiziarie, che son di loro natura generali, che nell' art. 2134 ✳ 2020 del Codice civile, il legislatore a consecrato il principio, che tra i creditori, le differenti ipoteche, e quindi le ipoteche speciali o generali, non prendono il grado che dal giorno della iscrizione; ch' è secondo lo spirito della legge che niun creditore, posteriore per la data della sua iscrizione, non possa esser preferito a quello che lo precede nel grado delle ipoteche; — Considerando che se giusta l' art. 2114 ✳ 2000 dello stesso Codice, l' ipoteca ch' è un dritto reale su i fondi ad oggetto di soddisfare una obbligazione, è di

sua natura indivisibile, e sussiste per intero sopra tutt' i fondi che si sono obbligati e sopra ciascuno di tali fondi, il senso e lo scopo di questa disposizione sono, che non possa operarsi niuna traslazione di tutto o di parte del fondo ipotecato, se non col peso di soddisfare la totalità delle obbligazioni; ma non esclude la possibilità di obbligare per la soddisfazione di nuovi crediti il prezzo di fondi già gravati da ipoteche generali; che le ipoteche posteriori, conferite con una stipulazione di specialità, debbono avere la loro piena ed intera esecuzione, quando vi è un mezzo per pagare i primi creditori e che non si elevino quistioni, come nella specie, che tra il creditore *intermediario* ed un terzo creditore posteriore, che vorrebbe limitar l' effetto della prima ipoteca generale, ed impedir che graviti sui beni ad essi specialmente ipotecati; che in questa materia la regola più sicura da seguirsi, e che trovasi implicitamente tracciata nell' art. 2134 ✳ 2030 già citato, è appunto quella di dar la preferenza all' ipoteca più antica, per limitare e restringere in favor suo l' effetto dell' ipoteca generale, conformemente alla regola di dritto, *qui potior est tempore, potior est jure*; — Considerando che il sistema presentato da Chesjean offre una contraddizione manifesta, poichè da una parte appoggiandosi al principio della indivisibilità dell' ipoteca, vorrebbe ciò nondimeno restringere l' ipoteca generale d' Aversenne o della moglie Laferrière, vietando che colpisca i beni ipotecati a lui e poichè dall' altra parte s' oppone alla restrizione ammessa in favor degli credi Lapreuserie, la cui ipoteca vince la sua di quindici mesi, sebbene ammettendo quest' ultima restrizione, il dritto d' Aversenne, e della moglie Laferriere, si trova compiutamente conservato, ed i loro crediti interamente soddisfatti nel progetto di graduazione; — Con-

siderando che adottandosi il sistema di Chesjean potrebbe aprirsi largo campo alla frode; che in fatti, se, il che si è lontano dal supporre, Ragon Laferriere odiando gli eredi di Ragon-Lapreuserie, e colla intenzione di privarli del pegno dato loro, avesse messo senza molta spesa, o con una modica anticipazione, Chesjean nel numero de' suoi creditori ipotecarj, da questo tristo concerto ne risulterebbe, che potrebbe far disparire oggi il pegno dato agli eredi Lapreuserie in un tempo quando i beni immobili di Ragon-Laferrière presentavano un valore doppio delle ipoteche che vi erano imposte; che quindi un sistema il quale mena a siffatti risultamenti, e genera una frode così scandalosa e rivoltante, dev' essere rigettato; -- Considerando infine che Chesjean dee incolpar se stesso di non avere esaminato con molta attenzione il quadro delle ipoteche di colui col quale voleva contrattare, aprendogli un credito tanto considerevole; che se questo dal canto suo è un mancar di prudenza, non può volere che ne sian le vittime gli eredi Lapreuserie; che s' egli à conosciuti i dritti incontrastabili di questi ultimi prima di dare il suo denaro, e che se fin d' allora à calcolato che comprando a vil prezzo i dritti della moglie Laferrière ch' era obbligata verso di lui, era facile di vincere indirettamente gli eredi Lapreuserie e di toglier loro il pegno che Ragon-Laferriere, avea lor dato quindici mesi prima, egli deve imputare a se stesso una speculazione che pel suo carattere e la sua natura dovea togliergli un giorno il dritto di querelarsi di non raccoglierne il frutto; il tribunale dichiara Chesjean mal fondato nella opposizione alla collocazione provvisoria degli eredi Lapreuserie; e dichiara buona questa collocazione, nel modo e forma colla quale è stata fatta nel progetto di graduazione.

(Rigetto del sistema di divisione proporzionale tra le ipoteche speciali che concorrono con ipoteche legali o generali).

184. Io avea già scritto tutto quello che si è letto intorno alle difficoltà che insorgono in caso di concorso d' ipoteche speciali con ipoteche legali o generali; il Trattato era già compiuto, e cominciata la stampa, allorchè io lessi una decisione della Corte di cassazione, del 16 luglio 1821, molto importante. Essa è riferita da Sirey, *vol. del 1821, 1. part., pag. 360*, e dal continuatore di Denevers, *lo stesso anno, pag. 433*. Per amor di brevità avrei voluto dispensarmi dal riferire i fatti su i quali la decisione è stata resa, ma nol posso, poichè in fine della decisione debbo fare delle osservazioni le quali non potrebbero esser valutate se non dopo la conoscenza di questi fatti. Nondimeno io non riferirò le difese fatte a vicenda dalle parti, che furono molto estese, ed a quel che pare, con memorie stampate. Mi limiterò a quello che dee conoscersi dei fatti: io li ricavo dalla Raccolta di Denevers.

» Con contratto di matrimonio del 26 gennajo 1807, il sig. Solignac prese dalla signorina Raynal, divenuta quindi sua sposa, una dote di 137,325 fr.

» Più in là con istromento del 9 decembre 1814, contrasse col sig. Broussous un debito di 28,000 fr. per sicurezza del quale ipotecò specialmente la casa in cui egli abitava, un giardino adjacente, ed una masseria chiamata Ville-Rousset, il tutto situato a Mende. In quest' epoca i suoi beni non eran gravati da niun' altra ipoteca, tranne dall' ipoteca generale della moglie sua.

» Indipendentemente dai beni che possedeva nel circondario di Mende, dipartimento della Lozo-

ra, il sig. Solignac ne possedeva benanche nel circondario di Chanac, dello stesso dipartimento.

» Il 2 novembre 1815 egli prese ad imprestito dal sig. Ignon 13,253 fr. per sicurezza dei quali ipotecò specialmente 1.° un fondo detto Ramades; 2.° la masseria di Ville-Rousset e la sua casa di abitazione, già ipotecata al sig. Broussous; 3.° un prato giardino e casa, che una volta facevan parte del recinto de' Francescani; tutti questi beni situati nel circondario di Mende; 4.° infine un fondo chiamato Chambon situato nel circondario di Chanac.

» I fondi posti nel circondario di Mende eran tutti sottoposti ad ipoteche speciali anteriori.

» Gli affari di Solignac essendo in qualche dissesto, i fondi situati nel circondario di Mende furono pignorati e giudiziariamente venduti. Se ne fecero quattro porzioni, così come siegue:

» La casa, il giardino adjacente, e la masseria di Villa-Russet, specialmente ipotecati al sig. Broussous, formarono la prima porzione, e furono aggiudicati pel valore di 45,000 fr.;

» La seconda porzione composta dal fondo Ramades, fu aggiudicata pel valore di 50,000 fr.;

» La terza porzione aggiudicata per fr. 10,200 comprendeva recinto e casa dei Francescani;

» E la quarta consistente in un fondo situato a Champ fu aggiudicata pel valore di 1,050 fr.;

» Prezzo totale, 106,750 fr.

» Un giudizio di graduazione essendosi aperto per la distribuzione di queste somme, il giudice commessario distese uno stato provvisorio di collocazione in forza del quale la sig. Solignac, moglie del debitor pignorato fu messa nel primo luogo per la somma di 39,305 fr., ammontar della sua dote ed accessorj di questa. Si disse che questa somma si sarebbe presa cioè: 19,549 fr. sul valor

della seconda porzione; 8,260 fr. su quello della prima; 1,042 sulla quarta, ed il resto sul valor della terza.

» Dopo della sig. Solignac il giudice commissario collocò il sig. Broussous per la somma di 31,343 fr. ammontar del suo credito fra capitale ed interessi. Questa somma dovea prendersi dal prezzo dell' aggiudicazione della prima porzione, che gli era stata specialmente ipotecata.

» Diversi altri creditori furono collocati sul prezzo delle altre porzioni, e sui residui dei prezzi della prima e seconda porzione.

» Finalmente il sig. Ignon fu collocato per la somma di 13,253 fr., ammontare del capitale ed interessi del suo credito: ma i fondi non furono sufficienti.

» Il sig. Ignon reclamò avverso a questo stato di collocazione. Egli pretese che invece di ripartirsi il credito della moglie del sig. Solignac, nel modo stabilito dal giudice commessario, bisognava farne la ripartizione proporzionalmente su tutt' i beni venduti, avuto riguardo al loro valore. Seguendosi questa regola, il prezzo della prima porzione, diminuito da una forte somma da prelevarsi per la sig. Solignac, non era più sufficiente per soddisfare il credito del sig. Broussous, e siccome questo non aveva ipoteca se non su i fondi che componevano questa prima porzione, una parte di questo credito si sarebbe perduta, ed il sig. Ignon si sarebbe giovato del vôto ch' essa rimanea, stante il prezzo dei fondi ipotecatiglisi si sarebbero trovati colpiti, in una minor quantità, dall' ipoteca generale, di quel che l'erano per effetto dello stato di collocazione formato dal giudice commessario.

» Il tribunal civile di Mende non accolse questa pretensione, e per questa parte, confermò lo

stato di collocazione. Ma siccome i beni venduti erano insufficienti per soddisfare per intero il credito della moglie, e quello di un altro creditore con ipoteca speciale anteriore ad Ignon, il tribunale, con sentenza degli 8 luglio 1817, autorizzò questo creditore a prendere l'ammontar del suo credito dalla partita assegnata alla sig. Solignac, e rinviò questa a prendere su i beni di suo marito, messi nel circondario di Chanac, tutto quello che l'era dovuto pel complemento della sua dote (1). Tra i creditori collocati ve n'eran di quelli che lo erano stati per pensioni vitalizie; la sentenza autorizzò il sig. Ignon a ritirarsi dalle mani dell'aggiudicatario i capitali addetti a queste rendite, in escomputo del suo credito, col peso di pagar esso gli arretrati di queste pensioni. Infine la sentenza soggiunse, che se per lo complemento della dote della sig. Solignac, non bastava il valor de' beni di Chanac, de' quali il sig. Ignon era stato l'acquirente, egli avrebbe supplito a siffatta mancanza, per essere il creditore ultimo iscritto e per aver partecipato ai fondi posti nel circondario di Mende.

« Avverso di questa sentenza fu interposto appello dal sig. Ignon e da altri creditori. La sig.

---

(1) Nella Raccolta di Sirey non si ravvisa questa circostanza. Debbo credere che l'autore della Raccolta, la cui esattezza è così conosciuta, à inteso di riferirla, o almeno di non tacerla, dicendo, dopo la dispositiva della sentenza: « La sentenza nella sua dispositiva fa qualche cambiamento allo stato di collocazione formato dal giudice commessario; ma è inutile di riferirlo, poich' esso non favorisce affatto le pretensioni del sig. Ignon. » D'altronde, non perchè questa circostanza à colpito me, per le mie particolari idee, dovea colpir del pari l'autore della Raccolta.

Solignac non appellò. Il sig. Ignon riprodusse il suo sistema di ripartizione proporzionale dell' ipoteca generale della sig. Solignac, su tutt' i beni venduti.

» Ma la Corte reale di Nismes condannò questo sistema, come lo avea condannato il tribunale di prima istanza, e con decisione del 30 giugno 1818, ordinò che la sentenza di cui era appello si fosse eseguita.

» Ecco i motivi della decisione: « Attesocchè per effetto della graduazione fatta per la distribuzione del prezzo dei beni del sig. Solignac, il credito della di lui sposa, che gode un' ipoteca generale, si trova utilmente allogato sul prezzo di una parte de' medesimi beni, senza che la sig. Solignac ne avesse reclamato, il sig. Ignon che aveva un' ipoteca posteriore a questa su gli stessi beni, non può essere ammesso, nè fondato a querelarsi di non averla graduata sopra altri beni anche ipotecati al credito della sig. Solignac; che costretto a dover convenire, l' ipoteca generale essere un dritto reale ed indivisibile, che può esercitarsi sulla totalità e su di ciascuna parte del fondo affetto dalla totalità del debito, egli non può dolersi di trovarsi per l' esercizio di questo dritto, privo egli stesso dell' utilità di un pegno ch' egli dovea ben conoscere di poter essere esaurito da questa ipoteca generale; che à molto meno ragione di querelarsi, poichè vorrebbe far rovesciare gli effetti di questa collocazione sul prezzo di un immobile, già gravato da un' ipoteca speciale in favore di un precedente creditore, quand' egli à contrattato con questo debitore, e quando egli non poteva ignorare che il valore di tutt' i beni di questo debitore era già esaurito dall' ipoteca legale e speciale che li gravavano; e che sarebbe sommamente ingiusto, di accordare a lui, che quando contrattò sapeva di non

esservi sicurezza per lui, una preferenza ch' era invece dovuta a colui che avea dato il suo denaro colla piena fiducia d' un pegno piucchè sufficiente a soddisfarlo, mentre i beni liberi del suo debitore erano anche piucchè sufficienti per far fronte all' ipoteca generale da cui eran gravati; che ammettere un sistema contrario, sarebbe un aprir libero corso alla frode, mettendo un debitore insolvibile nel caso di paralizzare in parte l' ipoteca speciale da lui accordata ad un creditore legittimo, col supporre un nuovo creditore al quale egli darebbe ancora, in ipoteca speciale, un altro fondo già assorbito dall' ipoteca generale, onde stabilire il concorso di questa, e far soggiacere a parte de' suoi effetti l' immobile primitivamente ipotecato, e ricavarne il prezzo con una specie di stellionato che potrebbe impunemente commettersi. »

» Sul ricorso del sig. Ignon la Corte di cassazione decise quanto siegue: « Attesocchè risulta dall' impugnata decisione che la iscrizione ipotecaria del sig. Ignon, sui fondi il cui valore è stato distribuito, è posteriore a tutte quelle dei creditori che sono stati collocati prima di lui nella distribuzione del prezzo, — Attesocchè niuna legge, nel concorso dell' ipoteca speciale colla generale, impone l' obbligo ai giudici di fare su i beni specialmente ipotecati, una ripartizione proporzionale dell' ipoteca generale: — Attesocchè, d' altronde, se una simile ripartizione potesse ammettersi come principio, per un debitore di cattiva fede che avesse creditori con ipoteca generale e creditori con ipoteca speciale, potrebbe divenire un *mezzo per privar questi di una parte de' loro legittimi crediti*, contraendo posteriormente debiti simulati, ed assoggettandovi fondi di già specialmente ipotecati; che s' è della natura dell' ipoteca speciale di restringere i suoi effetti al fondo sul quale è

imposta, è anche nello spirito generale dal sistema ipotecario, di aversi riguardo all' anteriorità dei dritti acquistati, giacchè l'ultimo creditore che à dato il suo denaro à avuto meno ragione di tutti gli altri di credere alla solvibilità del debitore comune; donde siegue, che ripartendosi l' ipoteca generale della sig. Solignac sui beni il cui valore doveva distribuirsi in guisa da dare effetto alle ipoteche speciali, secondo l' ordine delle loro date, la Corte reale di Nismes non solo non à violata alcuna legge, ma si è anzi conformata ai veri principj relativi alle ipoteche. »

Credo di poter dire che la sentenza del tribunale di Joigny, da me riferita nel numero precedente, la decisione della Corte reale di Nismes, e l' altra della Corte di cassazione, formano un corpo di dottrina su i principj generali delle ipoteche, e scendendo alla quistion generale di cui si tratta, esse indicano i mezzi più saggi onde conciliare i dritti dei creditori che hanno un' ipoteca legale o generale, con quelli fra i creditori che hanno solo ipoteche speciali. Nondimeno, tutto quello che ò detto ne' numeri precedenti su questa importante quistione, non è interamente inutile. La decisione della Corte di cassazione, sostiene le opinioni emesse da me. Non potrebbero moltiplicarsi abbastanza gli esempj sopra un argomento così complicato ed in cui possono incontrarsi tante diverse quistioni.

Da tutto quel che precede, e specialmente dalla decisione della Corte di cassazione risulta, che i creditori i quali hanno un' ipoteca legale o generale, debbono esser preferiti a coloro che hanno soltanto ipoteche speciali. Ma anche il dritto di questi ultimi dev' essere regolato in guisa che coloro i quali, secondo l' intenzione delle parti e lo spirito della legge, hanno i primi gravati gl' immobili

colle loro ipoteche vengan preferiti a coloro che hanno ipoteche posteriori. L' idea della surrogazion legale, il cui sistema era stato proposto dal sig. Tarrible, e ch' io aveva combattuto nel n. 179, rendendo giustizia alla purità della sua intenzione, è stata rigettata, perchè non poteva conciliarsi coi principj relativi a questo assunto.

La decisione della Corte di cassazione, e l'altre che l' han preceduta, suggeriscono i mezzi onde sormontare il grande ostacolo che si presentava intorno all' applicazione che i creditori con ipoteche generali avrebber voluto fare di queste ipoteche su i tali o tali fondi, al segno di assorbire sul prezzo di questi fondi medesimi le prime ipoteche speciali, che vi fossero state imposte, e di rimaner liberi, in favore degli altri creditori, i fondi su i quali questi avessero delle ipoteche speciali, ma posteriori.

Non è da dissimularsi che il principio della indivisibilità dell' ipoteca riceve, dalle decisioni riferite, una modificazione per ciò che concerne le ipoteche legali o generali. Al cominciar di questo §, n. 167 si è visto che, per dritto romano, il creditore ipotecario, la cui ipoteca era di sua natura generale, non era obbligato a verun ordine successivo nello sperimento del dritto d' ipoteca: egli poteva a suo talento esercitar questo suo dritto sopra qualunque fondo compreso nell' ipoteca in preferenza degli altri. Tal' era il risultamento della legge 8, *ff. de distrac. pig.* La direzione dell' ipoteca dipendeva dall' arbitrio del creditore, *creditoris arbitrio.* Ma la modificazione novellamente fatta, è un miglioramento, conforme d' altronde al nostro sistema ipotecario: essa è anche felice, perchè senza distruggere il principio della indivisibilità favorisce l' equità ed è secondo lo spirito della legge. Non deve mai tollerarsi un modo particolare di esercitar questo dritto, quando siffatto modo nuoce agli altri senza giovare

a colui che lo sceglie invece di un altro il quale produrrebbe del pari la conservazione de' suoi dritti.

Debbo far non pertanto un' osservazione. La decisione della Corte di cassazione e la sentenza del tribunale di Mende decisero, che, onde la collocazione lasciasse meno voto pei creditori che avevano ipoteche speciali, la signora Solignac, per un resto del suo credito, che certamente doveva essere assai modico, fu mandata a pagarsi su i beni situati nel circondario di Chanac, mentre la graduazione facevasi nel circondario di Mende. La signora Solignac non se ne appellò. D' altronde tutto indica che il ricupero di questo residuo di credito era sicuro. Ma potrebbe ammettersi una simile misura, contraddicendo il creditore con ipoteca generale? Non vi sarebbe da temere che ciò sarebbe un allontanarsi troppo dal principio della indivisibilità? Si conosce la differenza che passa fra i casi in cui i beni gravati da ipoteche son posti in un solo circondario, e la graduazione si apre presso il tribunale di questo circondario, ed i casi in cui vi fossero dei beni situati in circondarj differenti, il che richiederebbe una graduazione presso ciascuno dei tribunali di questi circondarj. Ai numeri 179, e 180, ò fatto conoscere gli effetti di queste differenze, parlando del 1. e 2. degli esempj da me presentati. La modificazione a cui ora si è avuto ricorso, non sarebbe meglio stabilita ed in un modo più consono ai principj, se, nel caso di una volontà espressa del creditore di un' ipoteca generale, si collocasse su i beni posti in un solo circondario, serbando sempre le proporzioni più favorevoli ai creditori con ipoteche speciali? Non vi sarebbe forse della durezza nel mandare, suo malgrado, il creditore con ipoteca generale a pagarsi, sia anche di una parte modica del suo credito, su i beni situati in un altro circondario, specialmente se questo circon-

dario fosse lontano? Io non posso che sottoporre questa mia idea alla sagacità de' tribunali. D' altronde, in questi casi, una decisione può dipendere dalle circostanze e dai consensi delle parti interessate, così richiedendo sovente i loro veri vantaggi.

Ma tutto quello ch' io ò detto, ed anche le decisioni dei tribunali finora conosciute, non distruggono interamente l'idea che il concorso delle ipoteche generali colle ipoteche speciali sarà una sorgente inesausta di grandi difficoltà, e di veri pericoli per coloro che prestano ai mariti e tutori con una ipoteca speciale. Noi abbiam delle guide per distrigarci, il meglio che si può, da queste difficoltà, quando si presentano: ma è più prudente d' impedir ch' esse nascano. Devo quì rammentare il consiglio da me dato di non prestar, cioè, ad un marito, i cui beni si supppongono gravati da un'ipoteca legale, soprattutto s' è considerevole, se non quando si sarà ristretta o ridotta questa ipoteca legale, sopra certi fondi del marito, in guisa che gli altri sien liberi e capaci di essere ipotecati specialmente, senz' alcun timore. Siffatta riduzione è una sorta di specialità dell' ipoteca legale, la di cui utilità è cosa facile a ravvisarsi; è il solo mezzo per essere al coverto dalle liti, e dalle azioni ipotecarie, poich' è sempre difficilissimo di misurare con sicurezza le ipoteche legali. Tal' è la via indicata dal legislatore per l'interesse dei mariti, e di coloro che vi vogliono contrattare. L' operazione è semplice, e non molto dispendiosa. Io non dubito che il legislatore non l' abbia avuta in mente, e non abbia pensato che essa sarebbe invalsa col tempo. Quante cure non si eviterebbero se questa misura fosse praticata più spesso di quel che si suole? Ben si vede che la stessa precauzione dee aver luogo nel caso in cui si contragga con coloro che son tutori, o che il furono. La stessa misura viene indicata dalla legge per questa

circostanza. Essa lo è pure ne' casi dell'ipoteca giudiziaria, che di sua natura è generale: essa risulta dall' art. 2161 ✳ 2055 del Codice civile.

La sola preoccupazione, e l'irriflessione potrebbero trovare un motivo di biasimo contra la legge, nella necessità di prendere queste precauzioni. Mai la legislazione antica presentò tai vantaggi. Le ipoteche legali esistevano; potevano esser seguite da ipoteche ordinarie, ch' eran generali al par delle legali; ma, per giunta d' inconvenienti, tutte queste ipoteche erano occulte. Si contraeva nell' oscurità, e quindi una moltitudine di liti. Le precauzioni richieste dalla nostra attuale legislazione fan conoscer tutto: ogni rischio sparisce, e cessa ogni timore.

(Caso in cui, a motivo di un' ipoteca speciale, sopravviene un'ipoteca giudiziale.)

185. Accader può che circostanze particolari facciano uscire un'ipoteca speciale dai limiti ne' quali era stata ristretta: essa può estendersi sop immobili diversi da quelli ch' erano stati ipotecati. Accaderebbe ciò, per esempio, se dovendosi eseguire l'atto obbligatorio col quale si era convenuta l'ipoteca speciale, insorgessero delle difficoltà che dassero luogo ad un giudizio, e a delle sentenze dalle quali risultasse un aumento più o meno considerevole dello stesso credito.

Direbbesi cosa molto impropria se si dicesse che allora l'ipoteca speciale si converte in ipoteca giudiziaria, e quindi generale. Ciò sarebbe un abbandonarsi a delle false idee, ed un allontanarsi dalla vera decisione delle difficoltà nate da questo stato di cose. Io qui rammento il principio stabilito nel numero 62, che le ipoteche non debbono confondersi, e che una specie di esse non può cangiarsi in un' altra. Ne deriva, che nella mia ipotesi vi sarebbero

ipoteche distinte, ciascuna delle quali dev'esser rinchiusa nella sua specie particolare; vale a dire, l'ipoteca speciale che non può gravitare se non sul fondo enunziato nell'obbligazione, e nella iscrizione presa in virtù di questa stessa obbligazione, e l'ipoteca generale ch'esiste soltanto in virtù della sentenza, o decisione sopraggiunta dopo. Quest'ipoteca generale può cadere sopra tutti gli altri fondi del debitore: ma essa non avrà effetto su questi fondi che dal dì della nuova iscrizione da prendersi. Dimodocchè se il creditore, il quale si trova in questa circostanza, dovesse concorrere con altri creditori che avessero iscrizioni posteriori, per ipoteche speciali sui fondi sui quali graviterebbe l'iscrizione presa per l'ipoteca generale, è manifesto ch'essi avrebbero il dritto di restringere l'effetto di questa iscrizione all'ammontar dell'aumento del credito risultante dalla sentenza o decisione, quale iscrizione non potrebbe esser presa che fino alla concorrenza di questo aumento.

In Denevers, *anno 1808*, *pag. 182*, vi è una decisione della Corte di cassazione, del 4 aprile 1808, resa in una specie che à qualche analogia coll'ipotesi da me presentata. Ma la decisione non altera la distinzione di queste due ipoteche, e i loro rispettivi effetti: essa decide soltanto che colui il quale, dopo un'ipoteca speciale, aveva un'ipoteca generale, avea dritto di far vendere beni del debitore diversi da quelli ch'erano stati specialmente ipotecati, poichè questi ultimi si eran trovati *insufficienti a soddisfare la totalità del credito*. La difficoltà esisteva fra il creditore ed il debitore.

Vi è di più: se si fosse verificato che i beni i quali si sarebbero dati specialmente in ipoteca, sarebbero stati sufficienti a soddisfare il credito stabilito coll'obbligazione, e nel tempo stesso a pagar l'ammontare dell'aumento di questo credito risul-

tante da sentenza o decisione, i creditori i quali avrebbero delle ipoteche speciali su i fondi su cui gravitasse l'ipoteca generale, ma che fossero posteriori, sarebbero nel dritto, com'anche il debitore, di domandare che il creditore coll'ipoteca generale sperimentasse le sue azioni preventivamente sui fondi che gli si erano specialmente ipotecati, salvo a rivolgersi in prosieguo, nel caso di mancanza, sui fondi colpiti dall'ipoteca generale. Nondimeno, se la pretensione si elevasse all'aprirsi di una graduazione, a motivo dei beni colpiti dall'ipoteca generale, dovrebbero prendersi le necessarie precauzioni, sia obbligando i creditori posteriori a conferire, dopo l'avvenimento, le somme per le quali sarebbero collocati, sia in qualunque altro modo, secondo le circostanze, purchè il creditore con ipoteca generale potesse rivenire utilmente sul prezzo di quei fondi sui quali avesse fatte delle procedure per causa di questa ipoteca, se il prezzo ricavato dal fondo specialmente ipotecato era insufficiente per la totalità del credito. Fissandosi sulla correlazione di queste due ipoteche e sulla loro origine, l'ipoteca generale dee riguardarsi come sussidiaria dell'ipoteca speciale, nel solo caso d'insufficienza di questa ipoteca.

Io non cercherò di fondare la mia opinione sull'analogia che può esservi tra il caso in quistione, e quello previsto dal dritto romano, dell'ipoteca speciale accordata ad un creditore, unitamente all'ipoteca generale. Si sa che allora dovea discutersi prima il fondo specialmente ipotecato, e poi esercitarsi l'ipoteca generale. Potrebbe rispondersi che in questo caso non vi sarebbe che un sol credito, laddove nel caso in quistione vi sarebbe un credito aggiunto ad un altro; che l'ipoteca generale è nata dalla imperiosità delle circostanze, per fatto del debitore, e che il creditore non può essere più privato della sua ipoteca generale per l'aumento del credito, nè

della ipoteca speciale pel credito stesso. Ma la mia opinione può esser fondata sopra un principio di equità, che deriva dalla legge medesima. Procurando tutt' i mezzi per assicurare i crediti, essa non vuole che un creditore produca gratuitamente il disordine e lo scompiglio negli affari del debitore, e dia luogo a spese tali che produrrebbero la sua rovina, e metterebbero ostacoli al ricupero degli altri crediti.

Vi è un caso in cui si presenta un modo particolare d' indivisibilità d' ipoteca, anche quando il fondo è stato successivamente gravato da due ipoteche speciali. La controversia che può elevarsi a questo proposito è stata già trattata nel numero 61.

(Concorso d'ipoteche generali per censi, o rendite vitalizie e costituite, con ipoteche speciali.)

186. Il principio della indivisibilità dell' ipoteca, à sovente fatto nascere difficoltà molto gravi, quando ipoteche generali per censi, rendite costituite, e vitalizie, son venute in concorso con ipoteche speciali. Siffatte difficoltà si presentan benanche quando ipoteche generali per crediti condizionali ed eventuali, concorrono con ipoteche speciali prontamente esigibili. La risoluzione di queste difficoltà richiede alcune spiegazioni; e convien distinguere ciascuna di queste cose.

Quanto alle rendite costituite, dee accader lo stesso che pei crediti ordinarj, così per quelle costituite prima che per quelle costituite dopo il Codice civile. Tutte queste rendite, giusta le disposizioni della legge di *brumaire* (novembre) e quelle del Codice civile, àn perduto, com' io l' ò già detto, il carattere d' immobili che anticamente avevano, almeno in certe provincie: esse non sono più capaci d' ipoteche: esse son divenuti semplici crediti particolari, e non v' è altra differenza che la esten-

sione dell' ipoteca. La specialità è necessaria tanto per le rendite create dopo la promulgazione del Codice civile, quanto per tutti gli altri crediti. Per le antiche rendite vi era l' ipoteca generale, ed allora, per ciò che riguarda l'esercizio dell'ipoteca e la graduazione in un giudizio d'ordine, avvien di queste rendite quel ch' avviene di ogni altro credito pe' quali esiste un'ipoteca generale: talchè possono ad esse applicarsi, secondo la circostanza in cui trovansi, i principj di già esposti relativamente al concorso d' ipoteche generali con ipoteche speciali.

Rapporto ai censi creati prima della legge del 29 dicembre 1790, essi sono della stessa natura delle rendite costituite in denaro, di cui ora ò ragionato: le medesime cagioni le hanno rese cose mobili. I censi creati dopo la legge di *brumaire* (novembre) e sotto l' impero del Codice civile, posson dar luogo a tre sorte di procedure ; 1.° alla rescissione del contratto, ed alla revindicazione de' fondi che ne son l' oggetto, per arretrato di frutti, specialmente se vi è stipulazione a questo riguardo; 2.° alla spropriazione, 3.° nel caso di spropriazione per parte di un terzo creditore, all' azione che risulta dall' ipoteca e dalla domanda di aprirsi un giudizio di graduazione, mentre si ravvisa che dopo il Codice civile, la sicurezza della prestazione del censo, esige, riguardo ai terzi, la stipulazione di un' ipoteca speciale che naturalmente dev' essere infissa sul fondo concesso a censo e che dev' esser seguita dalla iscrizione. Si può non pertanto estendere l' ipoteca speciale sugli altri fondi appartenenti al debitore. Sotto tutti questi rapporti è difficile di prevedere gravi difficoltà, sia qualsivoglia il concorso degli altri creditori del debitor del censo.

Ma può non essere lo stesso del censo creato prima della legge del 29 dicembre 1790, per la ragione che l' obbligazione del pagamento di

questo censo si sarà forse convenuta coll' ipoteca generale che allora avea luogo, e che si sarà conservata mercè la iscrizione. Se in una graduazione aperta sul prezzo ricavato da fondi diversi da quelli compresi nella concessione della rendita, il creditore di questa si presentasse per esser collocato, sia pel capitale, sia per gli arretrati, a preferenza dei creditori con ipoteche speciali su questi medesimi beni, ma posteriori, per la iscrizione, a quelle di questa ipoteca generale, è allora che insorgerebbero le difficoltà. Ora io penso che converrebbe decidersi pel sistema da me sviluppato nel numero precedente, relativamente al concorso di un' ipoteca speciale con un' ipoteca generale in testa dello stesso creditore, quali ipoteche deriverebbero dal credito medesimo. I motivi sono gli stessi. Si conosce pur troppo quanto sarebbe ingiusto che creditori con ipoteche speciali posteriori alla generale, fossero privati di ogni dritto sui fondi soggetti all' ipoteca generale, e ciò per esservi un creditore del censo con ipoteca generale, e che essi nondimeno non avessero alcuna speranza sul fondo dato a censo, e sul quale non vi sarebbe in favor loro nè costituzione d' ipoteca, nè iscrizione. Si sa, infatti, ch' ordinariamente non suole prestarsi colla sola garantia di un fondo gravato da un censo conservato. Si concepisce ancora che, se per combinazioni, difficili a prevedersi, si fosse in tale circostanza, che dal prezzo di un fondo sul quale si aprisse una graduazione, non ne rimanesse altro se non quanto basta a pagare una parte sola del capitale della rendita perpetua costituita in denaro o del censo, il creditore allora sarebbe obbligato di riceversi il pagamento parziale, malgrado il principio generale che il creditore non è tenuto a riceversi parzialmente il suo credito.

Questa divisione è l'effetto di una necessità figlia della natura delle cose. Il creditore à solo il dritto di avere il di più del suo credito in un'altra graduazione, che forse aprirebbesi in seguito, salve sempre le sue azioni personali contro al suo debitore.

Veniamo ora al concorso dell'ipoteca generale esistente per un vitalizio, sia che il vitalizio fosse stato costituito prima della legge di *brumaire* (novembre), quando, cioè, l'ipoteca generale era di dritto, sia che questa ipoteca fosse stata convenuta sotto l'impero del Codice civile, su tutt'i beni presenti del debitore enunziati nominativamente nel contratto vitalizio, e su ciascuno de' quali beni si fosser prese le iscrizioni. In questo caso incontransi più difficoltà di quelle presentate dai due primi di cui ho parlato.

Un fondo potea purgarsi non solo dalle rendite costituite in denaro, ma anche dai vitalizj, per mezzo della vendita forzata, della volontaria, e quindi, vigente l'editto del 1771, per mezzo delle lettere di ratifica. In conseguenza, tutte queste rendite potevan soddisfarsi, ed i creditori di esse venivan collocati pei capitali o per gli arretrati, sul prezzo delle vendite o aggiudicazioni, colla data delle loro ipoteche. Nondimeno, riguardo al vitalizio, il suo capitale non potendosi calcolare che a misura del suo valore all'epoca della graduazione, e questo valore essendosi diminuito o per l'accresciuta età, o per le malattie del creditore, dopo costituito il vitalizio, doveva proporzionatamente diminuirsi e non si soddisfaceva altrimenti che pagando una somma creduta sufficiente per far acquistare al creditore un vitalizio di simil somma. Ecco quel che attesta Pothier *du contrat de constitution*, ec., *cap.* 8, *n.°* 231.

Ma questi principj sono stati interamente cangiati

dal Codice civile. Il cangiamento risulta dall' art. 1978 ✳ 1850. Ivi si dice: « La sola mancanza del pagamento delle annualità decorse non autorizza colui in favor del quale è costituita la rendita vitalizia, a chiedere il rimborso del capitale, o a rientrare in possesso del fondo alienato. Egli non à che il dritto di far sequestrare, e di far vendere i beni del suo debitore, e d'instare perchè venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità: » A norma di questo articolo, specialmente combinandolo coll'art. 1979 ✳ 1851, il rimborsò non può farsi dal debitore contra la volontà del creditore; e questo non può reclamarlo, malgrado del debitore o de' suoi altri creditori messi ne' suoi dritti (1).

Egli è vero che per effetto dell'art. 2184 ✳ 2083 del Codice il nuovo proprietario dee dichiarare nell' atto da intimarsi ai creditori, ch'egli è pronto a soddisfare *immediatamente* i debiti e pesi ipotecarj, fino alla concorrenza soltanto del prezzo, *senza distinzione di debiti esigibili o non esigibili.* Era dell' interesse del creditore che non fosse astretto ad esercitar la sua ipoteca sui beni del debitore, diversi da quelli pei quali una graduazione aprirebbesi, ed era dell'interesse del debitore che dopo questa graduazione, colui in favor del quale è costituita una rendita, non rimanesse obbligato al pagamento del credito non esigibile. Ecco perchè nella nuova legislazione stabilita dal Codice civile, si sono abbandonate le idee di Loy-

(1) Veggasi in Denevers, *anno* 1807, *pag.* 45, una decisione della Corte di Cassazione del 12 gennajo 1807, che à pronunziata la rescissione di un affitto a rendita vitalizia, conformemente agli antichi principj, poichè il contratto e la citazione erano anteriori al Codice civile.

seau, *Traité du déguerpissement*, *liv. 3*, *chap. 9*, *n.°* 447. Questo autore desiderava che in fatto di aggiudicazione, le rendite fossero pagate dall' aggiudicatario, come l' erano dal debitore. Egli riguardava siffatta misura come utile e giusta per quest' ultimo. Nondimeno, nell' antica giurisprudenza non si seguiva l' opinione di Loyseau. Venuto il Codice civile, il legislatore à voluto che il fondo ipotecato divenisse libero per la mancanza delle domande d'incanto, dopo la intimazione fatta ai creditori onde provocarle, o, nel caso d' incanti, dopo l' aggiudicazione fatta colle forme stabilite per la spropriazione forzata. Si dee quindi credere che in questo art. 2184 ✳ 2083 il legislatore non vi à compresi i casi in cui il fondo fosse gravato da ipoteca per una rendita vitalizia. Convien combinare necessariamente tanto questo che l'art. 2186 ✳ 2085, coll'art. 1978 ✳ 1850, e siffatta combinazione allontana questa idea. La rendita vitalizia, di sua natura, è una eccezione di tutte le altre rendite non esigibili, o dovute solo a termine. La Corte di Parigi invero à giudicato, con decisione del 5 febbraro 1814, Denevers, *anno 1815*, *pag.* 29, che l'acquirente il quale fa l' intimazione a termini dell'art. 2184 ✳ 2083, deve dare un determinato prezzo alle rendite vitalizie, che fa parte del valor della vendita. Io parlo di ciò nella seconda parte, cap. 1.° sez. IV. Ma questa indicazione non è necessaria per la determinazione degl' incanti, riguardo ai creditori che li domandano; e questa decisione non offende la necessità del rimborso del vitalizio a colui che n' è il creditore.

Quantunque tutto quel ch' ora ò detto sembri concernere soltanto il caso della purgazione dell' ipoteche per effetto degl' incanti, all' occasione di una vendita volontaria, nondimeno io osservo

che dee dirsi lo stesso nel caso della purgazione delle ipoteche, all'occasione di una spropriazione fatta da un creditore, stantecchè evvi identità di motivi.

Se dunque il creditore di una rendita vitalizia si presenta alla graduazione sul prezzo di un fondo ipotecato alla sua rendita, in concorso con altri creditori che avessero delle ipoteche posteriori, non potendo rimborsarsi il capitale, è indispensabile di far che i creditori posteriori prendano una parte del prezzo fino alla concorrenza della somma che può fornire l'annualità della rendita vitalizia, salvo a questi creditori il dritto di appropriarsi, alla morte del creditore della rendita, la somma capitale, imputandola sui loro crediti. Ma ciò non dovrebbe avvenire se non quando questi creditori fornissero sufficienti cautele per la prestazione del vitalizio, o impiegando le somme che prendono, o dando cauzione. È questo il parere di Pothier *loco citato*: ed è questo ciò che si è praticato ed ancor si pratica. Può vedersi una decisione della Corte reale di Besanzone, 16 *messidor* anno 13 (7 luglio 1805), Denevers *anno 1806*, *p. 201*, *supplem.*; la decisione nella Corte di cassazione del 12 giugno 1809, che rigetta il ricorso prodotto avverso di quella, *anno 1807*, *pag. 347*; ed un' altra decisione della Corte medesima del 4 *frimaire* anno 14 (25 novembre 1806), riferita da Denevers nello stesso anno, *pag. 154*.

Del resto ben si scorge quanto è mai necessario che vi sia una uniformità nella natura e forma delle cautele che deggion darsi al creditore della rendita vitalizia: esse possono variare a seconda delle circostanze relative all' interesse di questo creditore ed a quello degli altri. Eglino possono convenire intorno alle misure, che possono essere accolte dai tribunali, allorchè le trovano utili e saggie. Una

decisione della Corte reale di Caen, 18 maggio 1823, Denevers, *anno 1815, pag. 4, supp.* à giudicato non potersi ordinare che *non ostante l' opposizione dei creditori posteriori* l' acquirente terrà presso di se, per corrispondere la rendita vitalizia, una somma che ne rappresenti il capitale, valutato al 4 per 100; che la prestazione della rendita dee aggiudicarsi al maggior offerente (come lo chiedevano i creditori) col peso all' aggiudicatario di fornire una sufficiente ipoteca. Non vi è nulla in questa decisione che sia contrario ai principj; che anzi essa concilia tutti gl' interessi.

Ma conviene spingere più oltre le ipotesi. Supponghiamo che dopo la graduazione delle ipoteche che concorrevano, il prezzo del fondo da distribuirsi, e che dovrebbe prendersi dai creditori posteriori col carico di cui ò parlato, non bastasse per produrre una rendita analoga alla totalità della rendita vitalizia; è manifesto che in questo caso le cautele non possono darsi che fino alla concorrenza di quel che prendono i creditori posteriori, e che sarebbe soltanto in questa proporzione che i creditori pagar deggiono la rendita annuale, salvo al creditor della rendita il dritto di esercitar l' azione che più credesse conveniente contro al debitor personale della medesima, o di ricorrere successivamente su gli altri fondi del debitore a lui ipotecati, fino a che non abbia tutte le necessarie sicurezze intorno al pagamento dell' intera rendita. Un simil procedere è figlio della necessità.

Ma tanto in questo, quanto nel caso in cui si fossero date nel tempo della prima graduazione, al creditore della rendita vitalizia, tutte le cautele necessarie perchè fosse interamente soddisfatta, questo creditore, nelle altre graduazioni avrebb' egli il dritto di presentarsi e chiedere, in virtù della indivisibilità dell' ipoteca, di esser collocato non solo

per ciò che rimarrebbe ad assicurarsi del capitale della rendita, ma benanche per la totalità di questo capitale? Giudicando con uno spirito di giustizia e di equità, e secondo i principj del Codice civile, bisogna stare per la negativa. L' indivisibilità dell' ipoteca, e l' ipoteca medesima, non si propongono altro scopo se non quello della sicurezza del creditore, al quale si è data. Non può volersene di più. Subito che il creditore è soddisfatto, l' indivisibilità dell' ipoteca, e l' ipoteca medesima convien che cessino. E da questo stesso istante, i creditori posteriori che, giusta lo spirito della legislazione ipotecaria, han già potuto contare sul pegno della loro sicurezza, quando erasi assicurata la soddisfazione de' creditori anteriori, rientrano nel libero esercizio dei loro dritti ipotecarj. Quindi, il dritto del creditore del vitalizio, finisce al momento in cui trovansi tutte le sicurezze necessarie per la soddisfazione dell' annualità del vitalizio.

Ciò non di meno si potrebbero cavare induzioni contrarie da una decisione della Corte di cassazione, del 18 maggio 1808; Denevers, *lo stesso anno*, pag. 255. Trattavasi non di una rendita vitalizia, ma di una rendita perpetua e costituita in denaro, con un' ipoteca generale. Vi fu da prima una spropriazione di una parte dei beni gravati da questa ipoteca: vi fu in seguito un giudizio di graduazione, mercè cui i creditori della rendita furono collocati per una parte soltanto del loro credito. Non vi poteva esser luogo al pagamento reale della somma graduata perchè, giusta gli articoli 15 e 30 della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (2 novembre 1799), relativa alle ipoteche, e l' art. 35 della legge dello stesso giorno relativa a le spropriazioni, sotto l' impero delle quali eransi stipulati i contratti, l' aggiudicatario, al pari che il volontario acquirente, poteva godere degli stessi termini e dila-

zioni di cui godevano i precedenti proprietarj; il che fu cangiato dal Codice civile. Sotto questo rapporto, si potrebbe paragonare questa rendita perpetua, al cui rimborso l' aggiudicatario poteva astringersi, alla rendita vitalizia. Si fece in seguito un' altra graduazione, ed allora si collocò la parte che si rimase dovendo della rendita, la quale non era stata utilmente collocata. Infine, in una terza graduazione, i creditori di questa rendita si presentarono chiedendo di esser collocati per la totalità dei medesimi capitali non esigibili, *per all' ammontare della loro collocazione, rimasto presso gli aggiudicatarj fino al rimborso del loro credito: salvo, in caso di rimborso, a far profittare della loro collocazione i creditori che non si trovassero capienti sui fondi, e che sarebbero collocati sussidiariamente, o condizionalmente fino alla concorrenza dei capitali alienati.* I creditori della rendita chiedevano la collocazione integrale nella terza graduazione, perchè quelle ottenute sul valore delle prime vendite non eran di ostacolo alla nuova collocazione, *stante i loro capitali non erano stati loro rimborsati, e l' aggiudicatario era autorizzato a continuare la somministrazione dell' annualità.*

Siffatta pretensione fu rigettata, come sovversiva del sistema ipotecario, tanto dal tribunale di prima istanza, che dalla Corte di appello: ma fu accolta dalla Corte di cassazione che annullò la decisione della Corte di appello. Potrà leggersi con molto frutto la vigorosa discussione alla quale siffatta pretensione diede luogo: essa trovasi nella Raccolta. Per esser breve dirò soltanto, che la decisione della Corte di cassazione è fondata sul principio della indivisibilità dell' ipoteca, e sulla considerazione di fatto che, nella specie, non vi era stato un rimborso effettivo, il quale solamente può

produrre la estinzione del credito; e che una semplice collocazione pel pagamento da farsi, non poteva aver l' effetto di un pagamento, poichè la collocazione non effettuita, non può considerarsi che come una delegazione imperfetta su di un terzo, per la parte di un debitore, che non può liberar questo.

Ma primieramente, se ben si riflette alla forza dei motivi contrari che si conoscono per mezzo della discussione e ch' io non potrei riferire senza estendermi troppo, si troverà che la decisione della Corte di cassazione sperimenta grandi difficoltà. Secondariamente, ed indipendentemente da questa riflessione, la specie della causa non è perfettamente la stessa di quella di cui io mi occupo. La rendita perpetua, che à un capitale fisso, dura fino alla ricompra e non può estinguersi che col rimborso effettivo, il quale non può farsi che in un tempo molto remoto. La rendita vitalizia, secondo i veri principj, non è soggetta a verun prezzo determinato, e non può rimborsarsi: essa si estingue colla morte del creditore. È dunque ragionevole il sostenere che in queste due specie le cautele non dovrebbero esigersi della stessa maniera. Ma s' è necessario, e non potrebbe dubitarsene, che il fondo gravato dall' ipoteca per la sicurezza del vitalizio, ne sia svincolato, come potrebbe altrimenti a ciò pervenirsi se non prendendo le misure da me indicate? Avviene in questo caso, come in quello dei creditori condizionali ed eventuali di cui parlerò nel numero seguente. I principj relativi a quest' ultimo caso, tendono a rinforzare quelli relativi al caso di cui è ora quistione. Se il creditore della rendita vitalizia non può chiedere la rescissione del contratto vitalizio, quando il debitore somministra tutte le cautele necessarie perchè la rendita sia soddisfatta, come risulta dall' art. 1977 ✳ 1849 del Codice civile, perchè

poi il creditore di questa rendita dovrebbe querelarsi contra i creditori del debitore, quando il magistrato, procedendo alla graduazione, procura le cautele medesime? Se fosse diversamente, colui al quale si corrispondesse una rendita vitalizia di 1000 fr. l'anno, che potrebbe essere corrisposta da una somma di 20,000 fr. impiegati a quest'oggetto, isterilirebbe per parte del debitore una fortuna di 200,000 fr.

Infine, la Corte reale di Parigi à giudicata la quistione in massima, secondo il mio avviso, con decisione del 31 luglio 1813, Denevers, *anno 1815, pag. 43 sup.* Rinvio alla decisione ed alla discussione che la precedette. Io opino che la decisione fu resa secondo i principj di giustizia e di equità. L'autore della Raccolta ci fa sapere che la Corte à creduto di dover giudicare nel modo stesso come giudicò coll'altra decisione che fu annullata da quella della Corte di cassazione, del 18 maggio 1808, sulla quale mi sono spiegato; ma, com'io l'ò già detto, non vi era identità di specie. L'ultima decisione riguardava una rendita vitalizia, e la prima una rendita perpetua. Denevers sembra ch'abbia avvertita una tale differenza. *Forse non dee dirsi lo stesso*, ei dice, *relativamente alle rendite vitalizie.*

Del resto tutto quello ch'io ò detto farà sentire quanto è importante che, colui che costituisce sui suoi beni un vitalizio, prenda delle precauzioni per non cadere nel laberinto delle difficoltà che ò fatte travedere. Egli vi giungerà restringendo l'ipoteca sopra i fondi sufficienti a somministrarne l'annualità, e non gravando questi fondi di altre ipoteche.

Uopo è ch'io osservi essersi elevate moltissime difficoltà in ordine a tutte le specie delle rendite costituite, dei censi, e dei vitalizj nel caso in cui

potevasene chiedere il rimborso o la rescissione. Ma son queste altrettante particolari quistioni, unicamente relative alla legislazion delle rendite, astrazion fatta dalla legislazione ipotecaria. Credo dovermi astenere dal trattarle. Indicherò nondimeno in una nota molte decisioni che àn rapporto a queste controversie, ed alle quali, potrà ricorrersi al bisogno (1).

Io osservo che la Corte reale di Parigi, con decisione del 21 gennajo 1814, riferita da Denevers, *anno 1815*, *pag. 49*, *sup*, à giudicato che il creditore di una rendita perpetua è nel dritto di esigere il suo capitale, allorchè il fondo sul quale egli aveva un'ipoteca speciale, è stato venduto per un prezzo minore del suo credito, e ch'egli si trova quindi esposto a ricevere una parte del credito, quando il nuovo proprietario voglia purgare il fondo acquistato. Ma si ravvisa facilmente che questo caso particolare non altera in menoma parte le spiegazioni da me date, in cui principalmente si è trattato del concorso dell'ipoteche speciali.

(Del concorso delle ipoteche per crediti condizionali o eventuali, con altre ipoteche.)

187. I principj da me sviluppati possono applicarsi ai crediti condizionali od eventuali, le cui ipoteche, sien generali, sieno speciali, concorrono con ipoteche per crediti ordinarj.

---

(1) Denevers, anno 1815 pag. 76 e seg. sup.; anno 1816, pag. 111, sup.; anno 1817, pag. 434; 1818, pag. 611; anno 1819, pag. 83 e 412. Veggansi ancora particolari decisioni su questo argomento, nella stessa Raccolta, anno 1810, pag. 165, sup.; Sirey, anno 1819, 2.ª parte, pag. 402; Denevers anno 1810, pag. 41, e 105 supp. anno 1811, pag. 126, sup.; anno 1813, alla parola *rendite costituite*, nell' indice, anno 1819 pag. 21 e 162.

Non bisogna perder di vista in questo luogo l' importante principio che quando trattasi di purgare un fondo dalle ipoteche, colle vie stabilite dalla legge, bisogna che si purghino tutte, qualunque siasene l'oggetto. Nondimeno, vi è una differenza relativamente al modo della esecuzione. Allorchè le ipoteche derivano da crediti semplici, vale a dire, che son dovuti in un modo assoluto, esse non si estinguono che col pagamento effettivo: ma allorchè sono state sommesse ad una condizione, che ne rende impossibile il pagamento, *actu*, distaccansi allora dal fondo con una collocazione di sicurezza, se posso esprimermi a questo modo, la quale rende certo il pagamento quando dovrà farsi. In quest' ultimo caso il pagamento non può effettuirsi al momento della graduazione: ma si effettuisce solo in seguito secondo l' adempimento o l' avvenimento della condizione; e si può dir che allora il pagamento à il suo effetto meno in forza dell' ipoteca che più non esiste, che in forza del dritto assicurato al creditore del prezzo della vendita depositato presso un terzo, che forma la garantìa dell' ipoteca e la sostituisce.

Laonde, quando dopo la vendita sopraggiunge una iscrizione della natura di quelle di cui ò parlato, il venditore dee far cessare l' effetto di questa iscrizione riguardo all' acquirente, dando cauzione per la sicurezza del credito, o facendo un impiego sopra fondi certi che ne rispondano. Se, dopo che l' acquirente avrà adempite le formalità per giungere alla purgazione delle ipoteche, si presentino altri creditori iscritti, in questo caso si ordina, nel farsi la graduazione, che i creditori posteriori in ipoteca, prenderan ciò che loro è dovuto, ma col peso di conferirlo, ove l' uopo il richiegga, per darsi al creditore condizionale o casuale: e questi creditori debbon dare buona e valida cauzione, o som-

ministrare altre cautele, secondocche sarà ordinato dal giudice, per la restituzione di quello ch' àn potuto prendere.

Non sa comprendersi quali altre misure potrebbero in questo caso adottarsi: quel che si è detto si è sempre praticato. Il principio di questa pratica si rinviene nella legge, *grege 13 ff. de pign. et hypot.*, § *5 si sub condit.* Essa riconosce l'impossibilità di soddisfare il credito ch' è solamente condizionale: essa però non vuole che si privi il creditore dell' effetto dell' azione che risulta dalla sua ipoteca: ma essa prescrive di supplirvisi con fornir buone cautele. *Ideoque, arbitrio judicis, cautiones interponendae sunt.* Ecco le idee colle quali fu concepito l' art. 16 dell' editto dei bandi del 1551, che fu fatto per ovviare alle difficoltà di cui sono state capaci le teorie intorno alle ipoteche ed alle spropriazioni. Ivi si dice che si sarebbe passato per sopra alle opposizioni (cui sostituironsi le iscrizioni), per crediti del genere di quelli di cui si tratta, *col peso agli opponenti posteriori, di esser tenuti ad ipotecare tutti e ciascuno de' loro beni, dando idonea e sufficiente cauzione, di restituire, i denari da essi presi, all' opponente o opponenti, a motivo della detta garantia, che si troveranno potiori in ipoteca ai suddetti opponenti, ai quali la distribuzione è stata fatta.* É questo anche l' avviso di Domat *Lois civiles, note a la suite du n.° 17, liv. 3 tit. 1. sect. 3.*

Credo adunque di potere stabilir come regola, che tutte le forme prescritte dalla legge per la purgazione delle ipoteche essendo osservate, le ipoteche de' crediti, che di lor natura non possono rimborsarsi, si purgano graduandoli, quantunque non seguiti dall' effettivo pagamento, *actu*, ma il di cui effetto si è assicurato mercè tutte le convenienti cautele, come le ipoteche per crediti esigi-

bili lo sono col pagamento che ha luogo in conseguenza della graduazione. Questa regola tende a render più semplice il nostro sistema ipotecario.

(Riduzione dell' ipoteca convenzionale.)

188. Le cose da me finora trattate non sono state capaci di una spiegazione sulla riduzione dell'ipoteca convenzionale. Debbo dirne una parola pria di terminar questo §.

È fuor di dubbio che il debitore non può domandare la riduzione dell'ipoteca convenzionale da lui accordata. L' art. 2161 ✳ 2055 del Codice permette la riduzione dell'ipoteche generali; ma n' eccettua formalmente le ipoteche convenzionali. È facile il conoscer la ragione di questa differenza. Il Legislatore à creduto che la convenzione delle parti, la quale fa leggi per esse, non dev'essere violata.

Ciò non pertanto ho avuta occasione di far conoscere alcuni casi nei quali la riduzione dell'ipoteca può esser chiesta, sebbene abbia origine dalla convenzione. Ma trattavasi allora di eccezioni alle quali davan luogo circostanze particolari, ed io ora parlo della regola generale.

(Riduzione dell' ipoteca generale e convenzionale anteriore alla legge di brumaire (novembre.)

189. Molti avevano opinato da prima che il debitore poteva chiedere la riduzione d'un' ipoteca convenzionale, data prima della promulgazione della legge di *brumaire*, e che, per le leggi allora vigenti, era generale. La ragione si era, che tale ipoteca, sebben convenzionale, era generale, e che l'art. 2161 ✳ 2055, eccettuando dalla facoltà della riduzione le ipoteche convenzionali, aveva inteso di parlar di quelle che si sarebbero stipulate per

l'avvenire, vale a dire, delle ipoteche speciali; e che la facoltà della riduzione essendo stata introdotta da questo medesimo articolo per le ipoteche generali, siffatta disposizione doveva applicarsi all'ipoteca antica, ch' era generale, quantunque convenzionale.

Ma una tale pretensione non potea reggere. Prima delle nuove leggi ipotecarie non si quistionava di riduzione d'ipoteche, e non avrebbe potuto domandarsi. L'ipoteca convenzionale, col suo attributo di generalità, si era conservata nella sua essenza, libera da ogni facoltà di reclamare la riduzione. Come potrebbesi adunque esercitare un dritto tendente a diminuirla, in forza del Codice civile? E' manifesto che ciò sarebbe un darle effetto retroattivo, il che non si può. E questo è quello ch' è stato giudicato da una decisione della Corte reale di Agen, del 4 *fructidor* anno 13 (25 agosto 1805) e da un altra della Corte reale di Caen del 16 febbraro 1808. La prima trovasi in Denevers *anno 1806, pag. 198 sup.*; la seconda in Denevers *anno 1809, pag. 40*, ed in Sirey *anno 1809*, 2.ª *par.*, *pag. 29*.

(Caso in cui un' ipoteca generale vien modificata da una convenzione posteriore.)

190. Si è presentato un caso in cui dopo un' ipoteca legale, o generale, costituita prima del Codice civile, sopraggiunge un atto col quale si transige sull' antico credito e lo modifica. Bisognerebbe allora distinguere se la transazione era tale ch' avesse prodotta una novazione all' antica convenzione ed all' antica ipoteca, talchè col nuovo atto o convenzione fatta sotto l'impero del Codice civile, si fosse stabilita una nuova ipoteca, ristretta sopra certi fondi, e quindi speciale, è chiaro che

allora l' ipoteca à perduto il suo carattere d'ipoteca legale o generale che prima avea, ed è divenuta meramente convenzionale e speciale; ed in tal caso non può quistionarsi della riduzione di questa ipoteca. Ma se in seguito del nuovo atto, o convenzione, l'antica ipoteca, sia legale, sia semplicemente generale, non à sofferta novazione, e specialmente, se per effetto della transazione, il debitore avesse accordata un' ipoteca generale su i suoi beni presenti e futuri, per l'esecuzione della transazione medesima; in questo caso, malgrado il nuovo atto, bisogna veder nel contratto la stessa ipoteca che prima esisteva. Non vi sarebbe differenza che sul valor del credito, il quale potrebb' essere accresciuto o diminuito, ed allora, giusta i principj quì sopra esposti, il debitore non potrebbe reclamare la riduzione dell' ipoteca. La differenza del valor del credito non ne produrrebbe una sul dritto di chiedere la riduzione.

Nondimeno, in Denevers *anno 1806*, *pag. 200 supp.* si legge una decisione della Corte reale di Aix, degli 11 *fructidor* anno 12 (2 settembre 1804) che sembra come se avesse giudicato all' opposto, e che, sebbene non vi fosse stata novazione relativamente all' ipoteca, pure à accordata la facoltà di farla ridurre. Ma a malincuore potrei rendermi a questa decisione: essa fa nascere molte difficoltà. Del resto può consultarsi la decisione, e possono valutarsi i suoi motivi.

Quando tratterò dell' ipoteca legale, esaminerò se l' ipoteca legale delle donne maritate, dei minori e degl' interdetti, costituite prima del Codice civile, potrebbero esser ridotte in seguito della domanda fattane, e dei principj stabiliti dallo stesso Codice civile per le stesse ipoteche, essendo in vigor questo Codice.

CAPITOLO II.

Dell' ipoteca giudiziaria.

(Divisione di questo capitolo.)

191. Dividerò questo capitolo in due paragraf. Nel primo tratterò delle ipoteche imposte in virtù di sentenze emesse da tribunali di Francia, o da decisioni arbitramentali rese anche in Francia.

Nel secondo spiegherò la giurisprudenza relativa all' ipoteca che può derivar dalle sentenze dei tribunali stranieri, o dalle decisioni arbitramentali rese da arbitri scelti in paesi stranieri.

§. 1.

Ipoteche che derivano da sentenze rese da tribunali francesi, o da sentenze arbitrali rese in Francia.

(Ipoteca giudiziaria secondo il dritto romano, e secondo il dritto francese.)

192. Per poco che si conoscano le antichità romane intorno alle ipoteche, si riman convinto della verità che diceva Basnage, *des hypothèques*, *chap. 4 n.° 3*: « Che i giureconsulti romani ammettevano quattro specie d' ipoteche; la convenzionale, che deriva dalla convenzione delle parti; la legale, stabilita dalla legge, e che per questa ragione chiamasi anche tacita; il pegno semplice, che avea luogo quando per la contumacia o fuga del debitore il di lui creditore era messo in possesso de' di lui

beni; ed il pegno giudiziario, che avea luogo quando in forza di una sentenza, o per esecuzione di questa, il creditore si facea mettere in possesso dei beni di colui ch'egli avea fatto condannare, affin di esser pagato di ciò che gli era dovuto. Di queste quattro specie d'ipoteche, soggiunge l'autore, noi non ne abbiam ritenute che tre, poichè il pegno giudiziario contiene l'altro. »

Mornac, sulla legge 26 *ff. de pign. act.* paragona il pegno pretoriano o giudiziario alla spropriazione reale. *Vernaculo nostro forensi dixerimus nunc* SAISIE RÉELLE. Un autore più moderno, ma l'opinione del quale è sempre di un gran peso, si avvicina a questa idea. *Rep. de jurisp.*, alla parola *Hypothèque* sezione prima, §. 6, n.° 1.° L'ipoteca giudiziaria, egli dice, è puramente del nostro dritto francese: *essa non era conosciuta nel dritto romano*; poichè non bisogna confonderla col pegno giudiziario ammesso fra noi. Il pegno giudiziario non si acquistava, nel dritto romano, se non col pignoramento dei beni del debitore, fatto da un usciere destinato a quest'oggetto dal magistrato. Fra noi, continua egli a dire, s'intende per pegno giudiziario il fondo pignorato, ed alla amministrazione del quale è stato dato un agente, e il cui affitto è stato fatto giuridicamente. Anche i mobili divengono un pegno giudiziario per mezzo del pignoramento e della destinazione di un custode.

Ma queste proposizioni non sono molto esatte. Il pegno pretoriano si fuse nel pegno giudiziario, poichè l'uno e l'altro emanavano dall'autorità del magistrato. L'autore della glosa, sulla legge 2.ª *Cod. de prætor. pign.* lo dice in un latino più espressivo che elegante: *Largo modo utrumque posse dici judiciale, cum utrumque ipsorum detur a judice.* Sul principio vi era qualche differenza tra l'uno e l'altro, la cui spiegazione sarebbe

più curiosa che utile. È sempre vero però che il *pignus judiciale* in cui fu in seguito compreso il *pignus prætorium*, e che non poteva aver luogo se non previa una sentenza di condanna, era propriamente un' ipoteca giudiziaria. Non se ne può dubitare, stando alle leggi 1.ª e 2.ª *Cod. de prætorio pignore*, ed alla legge 1.ª *se in causa jud.* Si sa che nel dritto romano le parole *pignus et hypotheca* eran divenuti sinonimi: *Inter pignus et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest*, è detto nelle istituzioni lib. 4, tit. 6, §. 7. Quindi Giustiniano, nelle leggi che ò indicate, presenta il pegno giudiziario come una vera ipoteca ch'egli somiglia all' ipoteca convenzionale. *Veteris juris dubitationem decidente ad duplum genus Hypothecarum respeximus, unum quidem quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur; aliud quod a judicibus datur, et prætorium nuncupatur.* Ciò che vi è di rimarchevole, per ben penetrarsi dello spirito del dritto romano, si è, quel che dice anche lo stesso imperatore, che l' ipoteca giudiziaria cioè, ha avuto per oggetto di supplire all' obbligazione volontaria alla quale il debitore si sarebbe denegato per un sentimento d'ingiustizia. *Nam invicem justæ obbligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis.* E tal' è pure la vera idea che dee formarsi nel dritto francese dell' ipoteca giudiziaria. Questa ipoteca adunque era una cosa affatto diversa dalla vendita per effetto di un pignoramento reale, pel quale vi sono altri titoli nel dritto romano. Trattavasi allora di procedere alla vendita delle cose ipotecate, ch' era lo scopo di ogn' ipoteca, quando l' acquirente non ne lo liberava. Era allora il *jus distrahendi pignoris, si debitor frustretur neque pignus luat.*

Certamente perchè vi fosse stata ipoteca giudi-

ziaria, o *pignus judiciale* bisognava spogliare il debitore e mettere in possesso il creditore in forza di un' ordinanza del giudice: *Sciendum est ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias pignus constitui, nisi ventum fuerit in possessionem*, dice la legge 26 ff. *de pign. acti.* Fino a che vi fu questo possesso ordinato dal giudice a favor del creditore, ed effettuito, la sentenza di condanna non dava che un'azione personale, chiamata col linguaggio del dritto *in factum vel ex judicato*; come lo han fatto conoscere, dietro testi espressi del dritto romano, Neron e Girard, annotatori dell' ordinanza di Moulins, sull' art. 53. Ma questo spoglio non era che una formalità per mezzo della quale costituivasi legalmente l'ipoteca giudiziaria. Ciò non dee far meraviglia, perchè come l'ho detto nel discorso preliminare, anticamente l'ipoteca non si formava che con una tradizione vera o finta, che apparteneva a tutto ciò ch'esisteva sotto al nome di *mancipatio*, e che in tempi ben più vicini, il debitore, onde assicurar l'ipoteca convenzionale, si spogliava del possesso del fondo ipotecato in favor del creditore, e questi sel ritenea se il pagamento non si effettuiva al tempo stabilito.

Il *pignus prætorium* o *judiciale* era anche un' ipoteca giudiziaria, che nel concorso di un creditore che aveva ottenuto semplicemente una sentenza di condanna, ed un creditore che si era fatto mettere in possesso dei beni del debitore, facea dare a quest'ultimo la preferenza. *Similiter in concursu pignorum judicialium, non qui prior sententiam obtinuit, utique potior est, sed is qui prior ex judicati causa pignus accepit, quoniam sibi vigilavit.* Nè questo è tutto; se molti creditori avevano ottenuto nel medesimo tempo il possesso dei beni del debitore, allora vi era concorso

fra loro. *Similiter cum multi creditores rei servandæ caussa in possessionem mittuntur, per idemque est jus omnium*. Questo è quello che dice Hotmanno, dietro una folla di testi del dritto romano, nel suo commentario sul titolo del Digesto, *qui pot. in pig. pag. 82 e 83*, edizione in 12 del 1576. Eran pur queste le idee di Pothier, *Pand. Just. lib. 20, pag. 556 n.° 2 e pag. 571, art. 2.* E queste idee trovansi ancora in molti luoghi dell' opera di Neguzanzio.

Quindi la differenza che passa fra il dritto romano ed il francese relativamente all' ipoteca giudiziaria si è, che in Francia la sentenza di condanna basta per imporre l' ipoteca, senza che vi sia bisogno, come nel dritto romano, di esecuzione, e tradizione di fatto. Il che fu stabilito dall' art. 53 dell' ordinanza di Moulins, del 1566, la quale fece cessare gli antichi usi figli del dritto romano e che operò un gran cambiamento in questa parte della nostra legislazione.

Una seconda differenza non meno essenziale si è, che nel dritto romano l' ipoteca giudiziaria era sempre speciale: essa non poteva colpir che i fondi pe' quali era stato ordinato di mettersi in possesso il creditore. Si ravvisa che ciò dipendeva dalla natura delle forme, delle quali ho parlato. Questa restrizione di specialità aveva luogo anche quando, nel dritto romano, l' ipoteca convenzionale era generale, e quando si ammise che essa poteva darsi, *nudo consensu*, senza le antiche formalità che caddero in disuso, laddove in Francia, dopo l'ordinanza di Moulins, l' ipoteca giudiziaria è stata sempre generale, val quanto dire, che à compresi sempre i beni presenti e futuri.

Si posson paragonare le forme dell' ipoteca che aveva luogo nel Belgio ed in alcune costumanze della Francia, colle forme relative al possesso che

il dritto romano accordava al creditore, per l'ipoteca giudiziaria. Questo paragone si fa più naturalmente ed in un modo più proprio all'intelligenza del sistema ipotecario di quel che il fece Mornac fra il pegno pretoriano, e il pignoramento degli immobili. *Le nantissement*, o ipoteca, non era in sostanza che un mettere in possesso del fondo ipotecato il creditore, con una finzione. Costando essa da pubblici registri, ne risultava la pubblicità dell'ipoteca, che, fra noi, si ottiene per mezzo della iscrizione, ch' è una formalità molto più semplice.

(Effetto della generalità dell'ipoteca giudiziaria, in quanto alla forma colla quale può essa iscriversi.)

193. Era necessario di lasciare, nella nuova legislazione, all' ipoteca giudiziaria il carattere di generalità che ha sempre avuto. L' ipoteca speciale è più vantaggiosa al debitore: ma egli deve imputare, a se stesso di non aver soddisfatto agli obblighi contratti senza prendere la precauzione di circoscrivere l' ipoteca. Tutto quel che si è potuto fare nell' interesse dei terzi, ed è certo un gran vantaggio per essi, è stato di sottoporre questa ipoteca giudiziaria alla pubblicità per mezzo della iscrizione.

Ma il carattere di generalità rimasto all' ipoteca giudiziaria non ha forse prodotta una differenza nel modo d'iscrivere questa ipoteca? Nell'art. 2123 ✳ 2009 del Codice si dice, che questa ipoteca può esercitarsi sopra gl' immobili attuali del debitore e *sopra quelli che potesse acquistare.* Da queste parole è sorta la quistione se può il creditore con una sola iscrizione, gravare, ad un colpo, non solo gl' immobili che appartengono attualmente al debitore, nel circondario dell'uffizio ove l'iscrizione

è presa; ma benanchè tutti quelli che in seguito gli apparteranno, e che saran situati nel circondario medesimo; in breve se si può agire, come nel caso di un' ipoteca legale, o se, relativamente ai beni futuri, l'iscrizione dee necessariamente prendersi successivamente ed a misura degli acquisti che il debitore farebbe di questi beni, o a misura che gli ricaderebbero per successione o altrimenti. La quistione non era senza difficoltà; ed ò visto che coloro, che l'han trattata, sono stati divisi di parere.

Nondimeno, penetrandosi dello spirito della legislazione che si attinge da molti articoli del Codice, si riman persuaso che tutt' i beni presenti e futuri del debitore han potuto esser simultaneamente gravati in diversi circondarj con una sola iscrizione. Questa opinione deriva dall' avere l'ipoteca giudiziaria un carattere ben determinato d'*ipoteca generale*. E questo carattere di generalità risulta dall' art. 2123 ✳ 2009: *Essa può esercitarsi sopra gl' immobili attuali del debitore, e sopra quelli che potesse acquistare*. In queste parole è impossibile il non vedervi un' ipoteca che si forma all' istante della sentenza, su tutt' i beni, qualsivogliano, tanto presenti che futuri. Questa generalità si desume benanche dai termini dell' art. 2148 § 5 ✳ 2042 § 5. Dopo di aver detto che la iscrizione conterrà la indicazione della specie e della situazione dei beni su i quali il creditore intende di conservare il suo privilegio o la sua ipoteca, in via di eccezione vi si dice: « Questa indicazione non è necessaria ne' casi d' ipoteche *legali o giudiziali*: per tali ipoteche, in mancanza di convenzione, una sola iscrizione assoggetta tutti gl'immobili compresi nel circondario dell' uffizio. » Questo articolo prova che, secondo l'idea del legislatore, l'ipoteca giudiziaria e l'ipoteca legale sono assolu-

tamente simili, almeno sotto al rapporto di comprendersi, sia nell' ipoteca, sia nella iscrizione, tutt' i beni presenti e futuri. Finalmente, perchè obbligare il creditore a prendere iscrizione a misura che i beni ricaderanno al debitore? perchè costringerlo ad una penosa vigilanza, ed accompagnata da tanti pericoli? Perchè esporlo ad esser vittima dell' astuzia dei creditori che potrebbero anche essere a lui posteriori in ipoteca, e che tenendosi meglio in guardia sulle operazioni del debitore, o sulle successioni che potessero ricadergli, otterrebbero un' ingiusta preferenza, con una iscrizione anteriore, specialmente s' eglino abitassero nel luogo del domicilio del debitore, e se il primo creditore si trovasse lontano? Dacchè una sola iscrizione gravita su tutt' i beni presenti e futuri del debitore, i terzi non possono risentirne alcun danno; basta, pel loro interesse, che la iscrizione faccia conoscer loro che tutt' i beni pe' quali vogliono contrarre sono stati colpiti dall' ipoteca.

Ciò che rendea malagevole lo scioglimento della quistione si è, che opponevasi dover essere lo stesso nel caso dell' art. 2130 ✳ 2016. L' art. 2119 ✳ 2015 dà le regole della specialità per l' ipoteca convenzionale, e termina con queste parole. *I beni futuri non possono essere ipotecati.* Quindi nell' art. 2130 ✳ 2016 è detto, che nondimeno, se i beni presenti e liberi del debitore sono insufficienti per cautelare il credito, può egli, esprimendo tale insufficienza, acconsentire che ciascuno dei beni che acquisterà nell' avvenire, resti ipotecato a misura degli acquisti.

Ma non potrebbe poi reggere il paragone che istituirebbesi fra questa ipoteca, e la giudiziaria. Veggasi il num. 62.

Primieramente la stipulazione dell' ipoteca dei beni che il debitore può in seguito acquistare è

una dipendenza dell' ipoteca convenzionale, e per conseguenza, speciale: essa dunque à dovuto essere sottoposta alle stesse regole dell' ipoteca speciale, almeno per ciò che à rapporto alla iscrizione.

Secondariamente, la necessità della iscrizione a misura che gli ricadono dei beni, posteriormente all' obbligazione, risulta da ciò ch' è detto nell' articolo 2130 ✳ 2016, che il debitore, cioè, può acconsentire che *ciascuno* dei beni ch' egli acquisterà nell' avvenire, resti ipotecato *a misura degli acquisti*. La legge non poteva dire con maggior energìa, che sebben l' ipoteca risulti dall' obbligazione, pure essa non si applica ai beni futuri, e parzialmente, se non ad ogni istante che essi ricadono al debitore. La differenza ch' esiste fra questi termini e quelli degli art. 2123 e 2148 ✳ 2009 e 2042 già da noi riferiti, è così grande che basterebbe da se sola a stabilire una decisione contraria. Questa differenza è una prova incontrastabile che l' ipoteca giudiziaria à un carattere di generalità che manca alla stipulazione d' ipoteca su i beni futuri, particolarmente tollerata coll' art. 2130 ✳ 2016.

Bisogna pur convenire che l'art. 2161 ✳ 2055 che prescrive il modo di esercitar l' azione per riduzione d' ipoteca, nel caso che il valor dei beni ecceda l' ammontar del debito, può applicarsi al caso previsto dall' art. 2130 ✳ 2016, ed all' ipoteca giudiziaria. Ivi è detto: « Se le iscrizioni ottenute da un creditore, il quale, secondo la legge, abbia il diritto di farle eseguire *su i beni presenti e futuri* del suo debitore, senza che alcun patto abbia limitato tal diritto, si estendano sopra fondi diversi ec. « E tanto nel caso dell' art. 2130 ✳ 2016, quanto in quello dell' ipoteca giudiziaria, il creditore ha dritto d' iscriversi sui beni presenti e fu-

turi. Ma dacchè la regola della riduzione è comune a queste due specie d' ipoteche, non può per questo dedursene la conseguenza di una identità di principj, per concluderne che nei due casi una prima iscrizione possa gravar simultaneamente i beni presenti e futuri. Tale facoltà non riguarda che l'ipoteca giudiziaria, ed è straniera all' ipoteca stipulata nel caso previsto dall' art. 2130 ✳ 2016.

Infine la quistione è stata giudicata in massima, rapporto all' ipoteca giudiziaria, da una decisione della Corte di cassazione, sezione civile, del 3 agosto 1819, *Denev. anno 1819, pag. 561.* Essa à consecrato il principio che una sola iscrizione presa dal creditore che à un'ipoteca giudiziaria, può comprendere con effetto tutt' i beni presenti e futuri, che sono nel circondario di un medesimo uffizio; e che non è stato nel voto della legge, che in questo caso vi fossero state tante iscrizioni successive, a misura dei nuovi acquisti fatti dal debitore. Io mi contento di rinviare ai motivi della decisione che rinforzano i principj da me esposti prima di averne avuta conoscenza. Ora vi è da sperare che non si eleveranno più quistioni.

(Può prendersi iscrizione in forza di una sentenza non ancor intimata al patrocinatore o alla persona o al domicilio?)

194. Giusta l' art. 11, del tit. 35 dell' ordinanza del 1667, quando trattavasi di decisioni o sentenze in contraddizione, rese all' udienza, esse, relativamente all' ipoteca, avevano il loro effetto dal dì ch' erano state rese, sebbene non intimate ancora. Ove poi trattavasi di contumaciali, o di sentenze rese con istruzione per iscritto (che allora ammettevansi nella camera di consiglio), esse producevano il loro effetto, sempre per ciò che concerne l' ipoteca, dal dì della loro intimazione al procuratore. Alcune più

antiche ordinanze si erano spiegate a questo riguardo, ma con minor precisione, almeno in quanto alla data dell'ipoteca che dovevan produrre le sentenze contumaciali. Io stimo inutile il risalire ad esse. L'art. 53 dell'ordinanza di Moulins volea soltanto che dal giorno della condanna pronunziata in ultima istanza, e dal giorno della pronunziazione di essa, si acquistasse l'ipoteca su i beni del condannato. Del resto può vedersi quello ch'è stato detto da Rodier, sull'art. 11, dell'ordinanza del 1667, più sopra citata, e sull'art. 17, del tit. 27.

I principj, a questo riguardo, non sono più gli stessi: essi sono almeno, ben diversi da quelli ammessi dall'ordinanza del 1667. Questi cangiamenti risultano, dacchè nella nostra legislazione, l'ipoteca non prendendo il suo rango che dal giorno della iscrizione, è stato d'uopo di dare al creditore i mezzi onde non esser vittima della mala fede di un debitore, che avrebbe potuto impiegare misure fraudolenti, per far ritardare una iscrizione e rendere inefficace una sentenza. Perciò l'art. 2123 ✳ 2009 è concepito molto diversamente. « L'ipoteca giudiziale, ivi è detto, deriva da sentenze profferite, sia in contraddizion delle parti, sia in contumacia, diffinitive o provvisorie, a favor di chi le à ottenute.» Quindi dopo una disposizione così assoluta, l'ipoteca emana dalle sole sentenze. La legge non ammette alcuna condizione perchè l'ipoteca abbia luogo; essa serba il silenzio intorno alla intimazione, sia al patrocinatore, sia alla persona o al domicilio. Può farsi lo stesso ragionamento sull'art. 3 della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (2 novembre 1799) la quale diceva semplicemente: « L'ipoteca esiste per un credito risultante da una condanna giudiziale. »

Testi così precisi non possono permettere di elevare altra controversia. È vero che nell'art. 147 ✳

240 del Codice di procedura civile si dice: « Se vi à patrocinatore in causa, la sentenza non potrà essere eseguita, se non dopo di essere stata notificata ad esso; *e ciò sotto pena di nullità.* Le sentenze provvisorie e diffinitive, allorquando pronunciano una condanna dovranno essere notificate anche alla parte o in persona o nel domicilio, e sarà fatta menzione della notificazione al patrocinatore. » Nell'art. 155 ✳ 249 dello stesso Codice è pur detto che le sentenze contumaciali non saranno eseguite se non dopo otto giorni da quello della notificazione al patrocinatore, s'è stato costituito; e da quello della notificazione fatta in persona o al domicilio se non vi è stata costituzione di patrocinatore. Ma dalle disposizioni di questi articoli non può dedursene, che non si può prendere iscrizione in forza di una sentenza sia contumaciale, sia diffinitiva, sia provvisoria prima che venga notificata al patrocinatore, in persona, o al domicilio. Una iscrizione non è certamente una esecuzione di sentenza nel senso degli art. 147 e 155 ✳ 240 e 249 del Codice di procedura civile. Sono atti di esecuzione di una sentenza, quelli diretti contro al condannato per costringerlo al pagamento, sia con un pignoramento di mobili, sia con un pignoramento di stabili, sia con un arresto personale. Ma un'iscrizione è un atto meramente conservatorio. Esso à da se medesimo questo carattere, ed in tutte le occasioni gliel danno ancora le decisioni de' tribunali. Una decisione della Corte reale di Parigi, del 23 agosto 1808, *Sirey, anno 1809, pag. 12, 2.ª part.* à deciso che una iscrizione era un *atto conservatorio* e che poteva esser presa da un emigrato provvisoriamente cancellato dalla lista. Un'altra decisione della Corte di cassazione, del 5 setttembre 1810, *Denevers*, anno 1810, pag. 513, à formalmente deciso che una iscrizione non è in se mede-

sima che una *misura meramente conservatoria*. L'iscrizione, per verità, dà al creditore che la prende, un vantaggio che ancor non esiste; e questo vantaggio non consiste nell' ipoteca, ma solo nell'efficacia dell' ipoteca; e la cosa che trattasi di conservare è tale che diverrebbe assolutamente nulla se dipendesse dal debitore d' impedire il solo mezzo che si ha per conservarla. D' altronde, questo debitore è di mala fede, quando vuole con un appello, il cui destino è incerto, annullar provvisoriamente un dritto nascente da un atto giudiziale, che certamente esiste, quantunque non sia irrefragabile.

Anche la Corte di cassazione à reso, il 21 maggio 1811, *Denevers lo stesso anno, pag.288*, una decisione colla quale giudicò che, vigente la legge di *brumaire* (novembre) potevasi prendere una iscrizione in forza di una sentenza contumaciale anche prima che fosse stata notificata. Presso il medesimo *Denevers anno 1812, pag.31, supp.*, si ritrova una decisione della Corte reale di Besansone, del 12 agosto 1811, che è conforme alla decisione della cassazione. Sotto l'impero del Codice civile, i principj sono i medesimi. Le discussioni che precedono queste decisioni non fan conoscere che si sia fatta mai valere l'opposizione ricavata dalle disposizioni degli articoli 147 e 155 ✳ 240 e 249 del Codice di procedura civile. Io però ò vista altrove questa opposizione. Io la trovo nelle osservazioni fatte dall' autore della Raccolta, alla fine della decisione; ed ò creduto utile aggiugnere nuovi motivi alle riflessioni con cui egli la combatte.

Ma per prendere una iscrizione convien che la sentenza sia registrata e spedita. Non sa neppur concepirsi come mai senza registro e spedizione possa il conservatore procedere alla iscrizione.

(Di una sentenza contumaciale in caso di dimanda di ricognizione di un atto di obbligo steso con iscrittura privata.)

195. Son pure i medesimi i principj ove si tratti di una sentenza che à per riconosciuto un atto di obbligo. La sentenza in contraddizione o contumaciale produce ipoteca dal giorno della sua data, e senza che vi sia perciò bisogno di alcuna notificazione; cosicchè la iscrizione può prendersi prima che venga notificata.

Una decisione della Corte di cassazione, del 13 febbrajo 1809, riferita da Sirey, *lo stesso anno*, *part.* 1.ª, *pag. 34*, e da Denevers *pag. 83*, à deciso che una sentenza contumaciale, contenente ricognizione di una scrittura privata, non produceva ipoteca se non dal giorno della notificazione. Ma egli è quì importante di osservare, che la controversia sulla quale fu resa la decisione era nata sotto l' impero dell' ordinanza del 1667, e la Corte di cassazione credè con ragione dover decidere secondo i principj di questa ordinanza, le disposizioni della quale sono state da me riferite nel numero precedente. Quel che prova che la controversia sarebbe stata diversamente decisa, se si fosse trattato di una sentenza resa sotto l' impero del codice civile, od anche sotto l'impero della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), redatta coi medesimi principj, si è che nella decisione del 5 settembre 1810 da me citata, vi è la seguente considerazione: « Attesocchè le sentenze ottenute dal sig. Giovanni ed Andrea Cornu, contra il sig. Lane di *Vareilles*, son posteriori alla legge degli 11 *brumaire* anno 7. »

Io devo osservare che, a norma dell' art. 92 dell' ordinanza del 1539, l'ipoteca, nel caso in quistione, prendeva la sua data dal dì della sentenza contumaciale, come se l'atto di obbligo fosse stato con-

fessato. Questo articolo non faceva dipendere l'ipoteca dalla intimazione, sulla quale serbava il silenzio; ma la Corte di cassazione opinò, come avea fatto la Corte reale di Riom, autrice della decisione contro della quale vi era stato ricorso, che l'ordinanza del 1667, *art. 11, del tit. 35*, aveva derogata l'ordinanza del 1559. La decisione opinò che questo articolo dell'ordinanza del 1667 comprendeva tanto il caso di una sentenza contumaciale che aveva per riconosciuto l'atto di obbligo, quanto quello di una sentenza che contiene condanna. Laonde, giusta la disposizione assoluta dell' art 2123 ✳ 2009 del Codice civile, e la sentenza contumaciale che à per riconosciuta una promessa, e quella che stabilisce la ricognizione in contraddizione delle parti, conferisce l'ipoteca all'istante, e la iscrizione può prendersi senza che se ne attenda la notificazione.

Ma quando il debitore niega la firma che gli si attribuisce, ch'è il caso previsto dall'art. 195 ✳ 289 del Codice di procedura civile, allora è impossibile di prendere iscrizione, o almeno questa iscrizione non potrà prendersi se non dal momento in cui la firma sarà stata riconosciuta come vera, a termini dell' art. 213 ✳ 307 dello stesso Codice, per effetto delle procedure prescritte, in questi casi, dall'art. 195 e seguenti ✳ 289 e seguenti. La conseguenza, che, ove s'impugni la firma, l'ipoteca non prende origine, se non dopo della verificazione, può tirarsi da queste parole dell'art. 2123 ✳ 2009 del Codice civile: « L'ipoteca deriva parimente dalle ricognizioni, o *verificazioni* fatte in giudizio delle sottoscrizioni apposte ad un atto d'obbligo steso con iscrittura privata. » La data della verificazione, che suppone una negazione, non è lo stesso della data della ricognizione.

Nell' art. 93 dell'ordinanza del 1539 dicevasi: « Se alcuno è citato a riconoscere la sua firma,

comparisce ed impugna la sua firma; e se quindi dal creditore si prova esser vera, l'ipoteca avrà luogo e correrà *dal dì della detta negazione e contestazione*. Ecco quel che si è praticato fino alla legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799). Ma dopo, e vigente il codice civile, quest'articolo dell'ordinanza del 1539 non è stato più applicabile. L'iscrizione non può esser presa se non quando l'ipoteca la precede, e perchè vi sia ipoteca vi dev'essere un titolo, quantunque l'effetto di questo titolo possa in seguito rivocarsi. Ora nel caso che s'impugni la scrittura, o la sottoscrizione apposta alla scrittura, non vi è titolo nè provvisoriamente, nè diffinitivamente. Questa risoluzione nasce dalla differenza che passa tra l'ipoteca occulta e la pubblica.

Ciò che si è detto è applicabile ancora al caso di una scrittura firmata da uno che poi muore, ed il cui pagamento si domanda agli eredi. Negli art. 1322, 1323, e, 1324 ✳ 1276, 1277, 1278 del Codice civile si veggono le differenze ch' esistono fra il caso in cui si cita, per la ricognizione o della scrittura o sottoscrizione, quello stesso che si pretende esserne stato l'autore, ed il caso in cui si citano gli eredi di quest' ultimo. Se gli eredi dichiarano di conoscere la scrittura o sottoscrizione, vi sarà un' ipoteca sui beni personali di questi eredi, ed anche sui beni del defunto (1). Se gli eredi dichiarano di non conoscerlo, allora l'ipoteca riman sospesa, come nel caso di negazione per par-

(1) Bisogna però osservare, che questa ipoteca sui beni del defunto non potrebbe aver luogo in pregiudizio dei creditori del defunto, o dei legatarj che possono domandare la separazione del patrimonio del debitore già morto da quello de'suoi eredi. Veggasi quel ch'io dico nella 2. parte, cap. 1. sez. 3 §. 6 intorno a questa separazione dei patrimonj.

te di quello stesso che si pretende che sia l' autore della promessa.

Nell' art, 1323 ✳ 1277 si dice che, quello contra cui si oppone una scrittura privata, è tenuto di riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione; e che i suoi eredi, e quei che hanno causa da lui, possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore. Nel caso di questa dichiarazione, come nel caso di negazione per parte di colui ch' è l' autore della promessa, se ne deve ordinar la verificazione giudiziale, giusta il disposto dall' art. 1234 ✳ 1278. Si ravvisa facilmente la ragione di siffatta differenza. Si conosce la propria firma, si deve conoscere o disapprovarla; laddove si può colla massima buona fede non conoscere quella dei proprj autori.

Nondimeno, non si debbon sempre prendere letteralmente i termini nei quali son tenuti gli eredi di spiegarsi, giusta la legge. Vi possono essere delle circostanze in cui i tribunali potrebbero, anche riguardo a quello che si dice aver sottoscritto l' obbligo, ordinare che, in un dato tempo gli eredi saran tenuti di dichiarare s' eglino riconoscono la scrittura o la sottoscrizione di un obbligo che si pretende essere stata apposta dal loro autore, e non ordinare la verificazione che quando gli eredi trascurano di spiegarsi. Ciò accaderebbe, per esempio, se nel corso di un giudizio vi fosse stata qualche tergiversazione per parte degli eredi; s' eglino avessero fatto travedere che riconoscevano che la scrittura o sottoscrizione fosse del loro autore. Una decisione della Corte di cassazione, del 17 maggio 1808, rigettò il ricorso contro ad una decisione della Corte reale di Parigi, che aveva, riguardo all' erede, ordinata una dichiarazione, nei termini da me rapportati. Rinvio alla decisione,

trattandosi di circostanza particolare; per la quale la cito come esempio. *Denevers anno 1808, pag. 357.*

(Dell' appello, e dell' opposizione avverso ad una sentenza).

196. L' ordinanza di Moulins fu emendata in vista di alcune rimostranze del parlamento di Parigi, con una dichiarazione emessa il 10 luglio 1566. Coll' art. 11. di questa dichiarazione interpetrativa dell' articolo 53 di questa ordinanza si disse: » L' ipoteca su i beni del condannato avrà luogo ed effetto dal dì della sentenza s' è confermata con decisione, o se non vi è stato appello. » Questa disposizione è evidentemente giusta, e si concilia perfettamente colla nostra legislazione, specialmente dopo tutto quello che si è detto. Quindi la iscrizione può prendersi malgrado l' appello, salvo a domandarsene in seguito, se vi è luogo, la radiazione o restrizione. Ciò si pratica tuttodì, e, quando le parti conchiudono intorno a ciò, queste radiazioni o restrizioni vengono ordinate dalla Corte di appello. Con questa condotta si evita un nuovo giudizio.

Alcuni autori, a questo riguardo, avevano elevata una difficoltà veramente sorprendente. Essi pretendevano che quando una sentenza era riformata in una parte delle somme per le quali erasi pronunziata la condanna, l' ipoteca, per le restanti somm , non risaliva più alla prima sentenza, e prendeva la sua data dal giorno della sentenza o decisione che aveva riformato. Il sig. Maleville sull' art. 2123 ✳ 2009 del Codice civile, ed il sig. Persil, *Reg. Hypot.* sullo stesso *art. n. 2*, han fortemente contrastata siffatta opinione. Io soggiungo ch' essa era già stata riprovata da Pothier, *Introd. au tit. 20, de la Cout. d' Orleans, n. 17.* Egli è infatti impossibile di non adottare il loro avviso.

L' iscrizione presa in forza di una sentenza dovrebbe dunque conservare il suo effetto fino alla concorrenza di ciò che riman dovuto dopo la riduzione ordinata in grado di appello. Non potrebbe concepirsi come mai il titolo, sussistendo per una parte, non dovesse poi valer nel modo stesso per la iscrizione che n'è un accessorio.

Ciò che si è detto nel caso di appello dee dirsi del pari nel caso di opposizione. La ragione è la medesima. Ma a questo proposito dee farsi un'osservazione essenziale. L' art. 156 ✳ 230 del Codice di procedura vuole, che le sentenze contumaciali profferite contra una parte che non ha costituito patrocinatore, sien notificate con particolari formalità; e poi soggiunge, che tali sentenze verranno eseguite fra sei mesi dal giorno della emanazione di esse: *diversamente si avranno come non profferite.* L' art. 139 ✳ 253 dello stesso Codice fissa il modo della esecuzione. Si è cercato sapere se l' art. 156 ✳ 250 possa applicarsi al caso di una sentenza contumaciale che à per riconosciuto un atto d' obbligo steso con iscrittura privata. Quello che l' aveva ottenuta, ed al quale si opponea la perenzione della sentenza contumaciale, per non essersi eseguita nel giro di sei mesi, dicea che l' art. 156 era estraneo alla controversia, poichè una simile sentenza, a parlar propriamente non era una sentenza di condanna, e che non era capace dell' esecuzione prescritta dall' art. 159 ✳ 253. Con una decisione confermativa, la Corte reale di Grenoble decise che la sentenza, per ricognizione di scrittura, di cui trattavasi, non essendo stata eseguita nei sei mesi dacchè fu profferita, doveva, giusta l' art. 156 ✳ 250, riputarsi come non avvenuta; che in fatto di sentenze contumaciali non può farsi alcuna distinzione tra una sentenza per ricognizione di scrit-

Digitized by Google

tura ed una sentenza di condanna, poichè l' art. 156 non ne fa alcuna; che d' altronde la sentenza in quistione, contenendo una condanna di spese, poteva essere eseguita con un pignoramento qualunque; e che quand' anche non contenesse che una semplice ricognizione, poteva sempre autorizzare un sequestro per misura conservatoria; che quindi l' iscrizione presa *più di sei mesi dopo l' ottenuta sentenza*, e in un' epoca in cui quello che l' aveva ottenuta non aveva nè titolo nè ipoteca, dovea riputarsi come non avvenuta. La Corte di cassazione, con decisione del 22 giugno 1818, rigettò il ricorso. I motivi del rigetto sono che le sentenze erano contumaciali, ch' esse avevan pronunziate delle condanne che potevano essere eseguite nel modo prescritto dall' art. 159 ✳ 253, e che niente facea conoscere che si fossero eseguite nei sei mesi dalla loro data. Riassumendo questi motivi si trovano essere gli stessi di quelli della prima decisione. *Denevers anno 1818. pag. 626.*

Da questa decisione risulta, che non si può, in forza di una sentenza contumaciale, prendere iscrizione, quando la sentenza non è stata eseguita nei sei mesi dacchè fu emanata. Si deve anche andar più in là; si dee credere che l' iscrizione presa prima di spirare i sei mesi rimarrebbe sterile se non si esegue la sentenza contumaciale, giacchè l' iscrizione non è un atto di esecuzione nel senso, e secondo lo spirito dell' artic. 159 ✳ 253. Sarebbe in questo caso come in quello della radiazione fatta d' una iscrizione in vigor di sentenza contumaciale. La Corte di appello di Treveri, à ragionevolmente giudicato, con decisione del 10 agosto 1810, che questa radiazione non potea riguardarsi come una esecuzione, e non impediva la perenzione della sentenza. Di questi atti fatti non può esser consapevole il contumace, e l' art

159 ✳ 253 vuole atti di esecuzione conosciuti da questo. *Denevers anno 1811, pag. 145. al sup.* è tanto vero che la iscrizione non impedisce la perenzione della sentenza ch' è una specie di prescrizione, ch' essa in generale non interrompe la prescrizione riguardo al debitore, art. 2180 ✳ 2074 del Codice civile.

Dopo di aver emessa la mia opinione, mi è caduta sotto gli occhi una decisione della Corte di cassazione del 19 dicembre 1820, *Denevers, anno 1821, pag. 296*, che in un senso conferma questa mia opinione, ed in un altro senso no. La conferma giudicando che una iscrizione presa negli otto giorni da una sentenza contumaciale, contenente ricognizione di scrittura a vantaggio del creditore, è valida perch' è un atto conservatorio; non la conferma giudicando che questa iscrizione à conservato il suo effetto quantunque fossero scorsi i sei mesi dalla notifica della sentenza, senza che vi sia stata alcuna esecuzione di essa, perchè la iscrizione medesima doveva considerarsi come un atto di esecuzione della sentenza.

In quest' ultimo senso la decisione non distrugge le difficoltà. Si dubiterà sempre che l' art. 159 ✳ 253 del codice di procedura, non attribuendo il carattere di esecuzione, se non ad un atto *dal quale risulti necessariamente che l' esecuzione della sentenza è venuta a notizia della parte contumace*, possa considerarsi, come tale, una iscrizione che non è necessariamente conosciuta dal debitor contumace, e che anche per questo non interrompe la prescrizione. È agevole cosa quindi il conoscere, che affin d' impedire la perenzione di una sentenza, e di conservar l' efficacia all' iscrizione, convien eseguir la sentenza coi mezzi pre-

scritti da questo art. 159 ✳ 253 prima di spirare i sei mesi dalla data della sentenza.

(Dell'incompetenza del tribunale che à pronunziata la condanna o che à avuta per riconosciuta la scrittura).

197. Può chiedersi se avrebbe potuto prendersi iscrizione nel caso in cui si opponesse l'incompetenza del tribunale che à profferita la sentenza in virtù della quale si fosse presa iscrizione.

È d'uopo distinguere. Se si trattasse di una sentenza che avesse pronunziata una condanna nel merito, l'iscrizione potrebbe sempre esser presa, ed il suo destino dipenderebbe sempre da quello della sentenza impugnata. Si scorge che la iscrizione crollerebbe colla sentenza che le serve di base. D'Hericourt, *Traitè de la vente des immeubles*, chap. 11, sect. 2, n. 30, spiega a questo riguardo l'antica giurisprudenza in un modo che può esser utile anche nella nuova legislazione. « È anche un uso certo, ei diceva, che la sentenza emanata da un giudice incompetente a conoscere di una controversia, dà dritto d'ipoteca al creditore dal giorno della sua data, quando la parte si è presentata volontariamente innanzi al giudice incompetente, o, se il condannato non è comparso, quand'egli non si è provveduto nel tempo prescritto dall'ordinanza, per fare invalidar la sentenza resa contro di lui. » Sembra che il signor Persil sia dello stesso avviso. *Regime hypot. art. 2123 n. 3.*

Ma supponghiamo che il creditore del valor di una promessa con iscrittura privata, si contenti di far citare il debitore innanzi ad un giudice o ad un tribunale, semplicemente per riconoscere la promessa senza citarlo per la condanna del credito; che questo giudice o tribunale si limitassero a dichiarar la contumacia, il cui profitto sarebbe

che la scrittura o la sottoscrizione si avrebbero per riconosciute: che in forza di questa sentenza si fosse presa una iscrizione, e che in seguito il debitore fosse stato condannato da un altro giudice o tribunale, al pagamento del credito, l'iscrizione avrebbe il suo effetto dal dì della sua data se il giudice o tribunale, i quali, in contumacia, àn pronunziato la scrittura e sottoscrizione doversi aver per riconosciute, e partorire ipoteca, erano assolutamente incompetenti, per esempio, *ratione materiae*? Ben si vede che questa controversia presso a poco non sarebbe senza difficoltà.

Anticamente vi era un principio, che ogni giudice era incompetente per la ricognizione d'una scrittura o sottoscrizione o per averla come riconosciuta. Non vi era eccezione a questa regola, menocchè per quei giudici ecclesiastici, i quali non avevano che una giurisdizione personale, senza circondario e senza potere su i beni. Stando all' art. 92 dell' ordinanza dell 1539, ciò non dee sorprendere. Era nello spirito di questa ordinanza di favorire tutt' i mezzi onde ottenersi ipoteca per parte di un creditore, in forza di una promessa con iscrittura privata. Un creditore poteva far citare un debitore, ovunque questo si fosse trovato, anche quando era in viaggio, ed il debitore poteva esser tradotto avanti a qualunque giudice secolare del luogo ov' egli trovavasi. L' azione per ricognizione della scrittura, quantunque il suo oggetto fosse di procurarsi un' ipoteca, non era che preparatoria rispettivamente al credito di cui potevasi in seguito domandare il pagamento: ma questa domanda doveva allora portarsi innanzi al giudice competente. È anche con questa idea che dicevasi in questo art. 92, *non poter la parte citata allegar veruna incompetenza*. Bisogna nulladimeno osservare che

il giudice, chiunque si fosse, competente o no, innanzi a cui domandavasi la semplice ricognizione, poteva pronunziare, ed in caso di contumacia, poteva ordinare che la scrittura o sottoscrizione si sarebbero avute per riconosciute: ma se il reo convenuto negava la scrittura o sottoscrizione, in questo caso era egli obbligato di rimettere le parti innanzi al giudice competente per la verificazione.

Ma io son di avviso che tutto ciò non possa attualmente praticarsi. Ogni sentenza relativa ad una ricognizione di scrittura, quando la citazione fa della ricognizione la domanda principale, è una operazione giudiziaria; ecco perchè nel caso in controversia, la sentenza contumaciale che à per riconosciuta la scrittura o sottoscrizione, imprime un' ipoteca giudiziaria. Ora, e questa ipoteca, e la condanna nel merito, non può emanare che da un giudice competente. Del resto ben si conosce che se la ricognizione si domandasse incidentemente in una lite pendente, o che per effetto delle circostanze dovesse portarsi innanzi ad un tribunale diverso da quello del domicilio del debitore, allora questo sarebbe il tribunal competente. L'art. 1322 ✳ 1276 del codice civile lo fa supporre. Ivi si si dice: *La scrittura privata riconosciuta da quello contra cui si produce.* Queste parole *contra cui si produce* annunziano un' azione giudiziaria già intentata.

Questo articolo però coincide perfettamente coll' art. 193 ✳ 287 del Codice di procedura civile, che presenta necessariamente questa idea. Questo stesso art. 1322 ✳ 1276 del Codice civile prevede quindi il caso in cui una sentenza contumaciale considera come riconosciuta una scrittura; e si dice *o legalmente considerata come riconosciuta.* Questa parola *legalmente* non è stata messa senza oggetto; ed ogni sentenza profferita da un giudice

incompetente non può riguardarsi come legale. Quando nell' art. 193 ✳ 287 del Codice di procedura si dice che, trattandosi di far riconoscere e verificare le scritture private, l' attore potrà, senza permesso del giudice far citare la parte a tre giorni, onde ottenerne un atto della di lei ricognizione, o far dichiarare che la scrittura dee aversi per riconosciuta, si dee supporre che il legislatore abbia inteso parlare del giudice competente, perchè questo è il principio generale. Questo principio generale deriva dall' art. 168 e seguenti ✳ 262 e seguenti del Codice di procedura civile. Giusta l' art. 170 ✳ 264, se l' incompetenza è per ragion della materia, non vale a covrirla neppure il consenso della parte. Si potrebbe dunque distinguere l' effetto della condanna diffinitiva da quello della sentenza contumaciale che à per riconosciuta una scrittura o sottoscrizione, e pretendere che non possa prendersi iscrizione se non in forza di una condanna diffinitiva, e non mai di una sentenza contumaciale. È dunque prudenza, in simili casi, di citar colui contro del quale suole ottenersi la ricognizione di una promessa con iscrittura privata, innanzi al vero giudice o tribunale del suo domicilio, vale a dire innanzi al giudice di pace quando la somma non eccede il limite della sua competenza, ed all' opposto, innanzi al tribunale civile.

In ordine alle ricognizioni fatte avanti notajo, di scritture private, esse riferisconsi alle ipoteche convenzionali, ed io ne ò parlato altrove.

(Quando può domandarsi la ricognizione di un obbligo prima della sua scadenza).

198. Ma si può domandare la ricognizione di un atto d' obbligo prima che giunga la sua scadenza ?

Anticamente l' affermativa non incontrava difficoltà. Rodier ce lo insegna, sull' *art. 6, del tit. 12 dell' ordinanza del 1667. quist. 2.* ov' egli spiega gli antichi usi, relativi a ciò. Sotto l' impero della legge di *brumaire* (novembre), e del Codice civile sono stati conservati i medesimi principj, fino alla legge de'3 settembre 1807, contra il parere di alcune corti reali, e di tre decisioni della corte di cassazione, del 3 febbraro 1806, 15 gennajo e 17 marzo 1807. Denevers *anno 1806, pag. 92: e 1807, pag. 114 e 154.* Ma siffatta legislazione è stata considerevolmente modificata da questa legge del 3 settembre. Ivi, coll' art. 1.° si dice, che quando si sarà profferita una sentenza sopra una domanda di ricognizione di obbligo steso con iscrittura privata, formata prima della scadenza od esigibilità del detto obbligo, non potrà prendersi veruna iscrizione ipotecaria in forza di questo giudizio, *se non in mancanza del pagamento dell' obbligo dopo la sua scadenza, od esigibilità*, ammenocchè non vi sia una stipulazione contraria. L' articolo seguente indica i casi in cui le spese del giudizio e quelle del registro saranno a carico del debitore. È secondo lo spirito di questa legge che l' ipoteca risulti dalla sentenza stessa, che esista in questa sentenza, ma che non possa aver la sua efficacia se non dalla iscrizione. Tale iscrizione non può esser presa se non dopo la scadenza; dimodocchè non vi è bisogno di nuova sentenza per potersi prendere.

Uno de' motivi della legge si è, che quello il quale contrae una obbligazione a termine, si presume come se non avesse voluto sottrarsi ad un' ipoteca: questa presunzione cessa quando vi è una stipulazione contraria. Vi è stato anche un altro motivo, come lo à giudiziosamente osservato il sig. Favard, *Traité des hyp. pag.* 12., e si è che

il legislatore à voluto impedire che si eludesse la specialità annessa all'ipoteca convenzionale. Si sarebbe convenuto con iscrittura privata; e per effetto di una sentenza di ricognizione, il creditore avrebbe ottenuta un'ipoteca generale su i beni del debitore.

Si ravvisa facilmente che questa legge non reca alcuna offesa alle iscrizioni prese anteriormente alla sua promulgazione per crediti non ancora scaduti in forza di ricognizioni o di sentenze che avessero avute come riconosciuto l'atto di obbligo.

(Delle lettere di cambio, e degli effetti commerciali fatti con la scadenza del termine.)

199. Ma su questo proposito vi è un'importante osservazione da fare: evvi una dichiarazione del 2 gennajo 1717, le cui disposizioni interessano il commercio. Questa dichiarazione voleva che non si potesse ottenere alcuna condanna prima della scadenza de' biglietti, lettere di cambio, ed ogni altra sorta di obbligo steso fra mercanti, negozianti, banchieri, ed altri particolari che fan commercio di derrate e mercanzie. Essa privava dell'ipoteca tutte queste diverse condanne. La stessa dichiarazione disponeva che niuna ipoteca aveva potuto, o poteva essere per l'avvenire validamente acquistata, con un atto di ricognizione avanti notaro, in cancelleria, o altrimenti in qualunque modo si fosse, delle indicate lettere, biglietti, ed obblighi, prima della scadenza del termine in cui il pagamento doveva esser fatto. L'oggetto di questa dichiarazione fu di prevenire il discredito dei commercianti. D'altronde, la facoltà di procedere prima della scadenza del termine, avrebbe nociuto a coloro che non avrebbero potuto ricorrer se non dopo contra il debitore.

Si è cercato di sapere se dalla legge di *brumaire*

anno 7 (novembre 1799), e dal Codice civile risultasse una derogazione a questa legge. La corte di cassazione, sezione dei ricorsi, fu per l' affermativa, con decisione del 6 aprile 1809, riferita da Sirey *lo stesso anno*, *pag. 182.* e da Denevers *idem*, *pag. 118.* Nondimeno, la giurisprudenza che poteva desumersi da questa decisione non aveva un carattere di certezza, giusta i motivi delle due prime de' 3 febbraro 1806, e 15 gennajo 1807, da me citate nel numero precedente. Pare che queste decisioni lascino sussistere una differenza fra le promesse ordinarie e gli effetti commerciali: ma la legge del 3 settembre 1807, toglie via ogni dubbio per questa parte, poich' essa produce l' effetto che produceva la dichiarazione del 2 gennajo 1717.

Confrontandosi questa dichiarazione colla legge del 3 settembre 1807 si vede sorgere una difficoltà. Quest' ultima legge nega soltanto l' ipoteca alle sentenze emanate sopra una domanda di ricognizione prima della scadenza degli effetti, a contar dalla loro data; e non accorda questa ipoteca se non nel caso di mancanza di pagamento dopo la scadenza. Questa medesima legge nulla stabilisce sulle ricognizioni volontarie fatte prima della scadenza; talchè pei debiti ordinarj, se vi fossero delle ricognizioni volontarie, queste produrrebbero ipoteca dal giorno della loro data, se contenessero specialità.

Ma siccome, per effetto della dichiarazione del 2 gennajo 1717 non si accordava ipoteca alle ricognizioni anche volontarie degli effetti commerciali, fatte prima della scadenza, salvo ai creditori, di usar dopo della scadenza delle vie prescritte dalle ordinanze per acquistare un' ipoteca su i beni del debitore; così potrebbe dirsi che questa dichiarazione debba conservare il suo effetto per questi casi di ricognizioni volontarie di effetti commerciali, prima della scadenza, sebbene pei debiti or-

dinarj queste ricognizioni volontarie possan farsi prima della scadenza, e sien capaci d'imprimere l' ipoteca, ove contengano specialità.

Credo che questo ragionamento non sia solido abbastanza. Per sostenerlo potrebbero invocarsi i motivi nascenti dall' interesse del commercio che àn potuto dar luogo a questa dichiarazione. Si potrebbe far osservare quella specie di dubbio che presentano le due decisioni della corte di cassazione, del 13 febbrajo 1806 e del 15 gennajo 1807, sulla quistione se la dichiarazione del 2 gennajo 1717 s' intendeva o no abolita dalla nuova legislazione. Nondimeno, io opino che si debba stare a quello che fu deciso dalla cassazione, il 6 aprile 1806. Ecco le ragioni che fan sostegno alla mia opinione.

Per una parte, di che mai qui si tratta? di un modo da costituir l' ipoteca. Ora, relativamente a ciò ch' è costituzione d' ipoteca, tutte le antiche leggi sono state dalla novella legislazione abolite; ciò è fuor di dubbio. La dichiarazione del 1717 vien dunque compresa in quest' abolizione, com' è detto nella decisione del 6 aprile 1809. Sarebbe un introdurre una pericolosa confusione il seguire ad un tempo le antiche e le nuove leggi, sebbene le lor disposizioni sien diverse e le prime non possano conciliarsi colle ultime. Queste debbono modificar le antiche. I principj ammessi dalla dichiarazione del 1717 non si ritrovano in alcuno dei nostri Codici. Non si può dire che siansi conservati colla legge del 3 settembre 1807, poichè questa legge non contiene nè disposizione, nè eccezione relativamente alla ricognizione volontaria degli effetti di commercio, prima della scadenza.

Per un' altra parte, i motivi della dichiarazione del 1717 non più sussistono sotto la nuova legislazione. La circostanza che l' ipoteca era occulta

potea far temere che creditori troppo confidenti non fossero ingannati: ma questo inconveniente sparisce attualmente per la necessità di render pubblica l'ipoteca col mezzo della iscrizione. Infine, l'oratore del governo, che presentò la legge del 3 settembre 1807, parlò della dichiarazione del 1717, come quella che avea potuto influire su questa legge: ma egli non la ricordò se non sotto il rapporto della ricognizione giudiziale, nel che la nuova legge concordava colla dichiarazione del 1717, e nulla fa sospettare che si abbia avuta la intenzione di lasciar sussistere la dichiarazione, in quanto alle ricognizioni volontarie prima della scadenza.

Non rimane dunque ai creditori, diversi da colui che ottiene una ricognizione volontaria, sia di effetti commerciali, sia di promesse ordinarie, se non il mezzo legale nascente dalla frode secondo le circostanze indicate dal Codice di commercio. Non si possono creare altre nullità, sien quali si vogliano i mezzi su i quali possano stabilirsi. La sola decadenza dal beneficio del termine contra il debitore, è quella che vien pronunziata dall' art. 1188 ✳ 1141 del Codice civile, ove si dice: « Il debitore non può reclamare il beneficio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha diminuito le cautele che aveva date col suo contratto al creditore. » Ed anche in quest' ultimo caso, bisogna che il creditore si faccia autorizzar dal giudice a prendere iscrizione prima della scadenza, affin di evitare che il conservatore non si deneghi a prendere iscrizione (1).

---

(1) Si è sempre reclamata innanzi ai tribunali la condanna per effetti commerciali, senza mai domandare preventivamente la ricognizione della scrittura, o sottoscrizione. Ma in caso di negativa, la verificazione era rimes-

(Un' aggiudicazione fatta all' incanto sull' autorità di un tribunale o di un giudice delegato da questo, produrrà ipoteca giudiziaria?)

200. Vi sono molti casi, giusta le disposizioni del Codice civile e di procedura civile, in cui, astrazion fatta da un pignoramento di stabili, vi è aggiudicazione di questi beni innanzi ad un tribunale o ad uno dei suoi giudici nominato commessario per gl' incanti, e per farne l' aggiudicazione; sovente anche il tribunale ordina, che gl' incanti si facciano nello studio di un notajo delegato a ciò, e che l' aggiudicazione sia fatta al maggior offerente. Un altro esempio di simile aggiudicazione si trova nell' art. 747 ✳ 831 del Codice di procedura civile, ove trattasi di rivolgere un pignoramento giudiziale di stabili in un' aggiudicazione sottoposta a forme molto più semplici. In questo caso si è chiesto qual' era il genere d' ipoteca che poteva risultare dall' obbligazione contratta dall' aggiudicatario di pagare il prezzo dell' aggiudicazione.

Se l' aggiudicazione vien fatta innanzi ad un giudice delegato, o anche innanzi ad un tribunale, è manifesto che ne risulta il solo privilegio che

---

sa ai tribunali ordinarj. Questa regola sussiste ancora, art. 427 ✳ 633 del Codice di commercio. Anticamente poteva reclamarsi il pagamento di effetti commerciali innanzi ai tribunali di commercio senza che tali effetti fossero registrati. Ma ora, dopo la legge del 28 aprile 1816, art. 50 e 77, non è più lo stesso. Il registro deve apporsi anche prima che l' usciere citi la parte. Per avervi un usciere contravvenuto è stato condannato all' ammenda. Un registro posteriore alla citazione non é sufficiente. Decisione della Corte di cassazione del 7 novembre 1820. Denevers *anno 1821, pagina 204*.

la legge accorda al prezzo di una vendita. Non si può già dire che vi sia un' ipoteca giudiziale, che sarebbe generale, su i beni dell' aggiudicatario. Siffatta ipoteca non può risultare che da una condanna giudiziale, a termini dell' art. 2123* 2009 del Codice civile; ed è chiaro che, in un atto come l' aggiudicazione, non vi è condanna che d' altronde non possa essere pronunziata da un giudice del tribunale che sarebbe a ciò delegato. Non vi sarebbe ipoteca giudiziale neppur quando nel quaderno di vendita s' inserisse la clausola: *Che oltre al privilegio accordato dalla legge al venditore, i beni dell' aggiudicatario saran sottoposti ad un' ipoteca generale, come se fosse giudiziale, pel prezzo della vendita.* Questa clausola, sebben confermata, in qualità di condizione e di obbligazione, da una sentenza di aggiudicazione, non potrebb' essere il germe di una ipoteca giudiziale. Ciò sarebbe sempre vero, perchè in tutto questo non vi sarebbe nè condanna nè oggetto di condanna; e bisognerebbe anche decidere a questo modo per la ragione, che il tribunale, o il giudice delegato fanno l' officio del notajo che riceve le obbligazioni. Ora un notajo non potrebbe imporre un' ipoteca giudiziale che può derivare soltanto o da una condanna, o da una ricognizione di sottoscrizione apposta ad un atto d' obbligo. Dippiù: un notajo non potrebbe imporre un' ipoteca generale. Simile ipoteca non può risultare da una convenzione la quale produce solo ipoteca speciale quando vi è indicazione del fondo.

Ma se l' aggiudicazione fosse fatta innanzi notajo, niente impedirebbe che, sulla domanda delle parti interessate, si stipulasse un' ipoteca speciale su i fondi dell' aggiudicatario, diversi dal fondo aggiudicato, il quale rimarrebbe sempre sottoposto

al privilegio ch' è di dritto. Vi sarebbe allora anche un vantaggio in questa facoltà di stipulare l' ipoteca speciale, ed è, che tale ipoteca non potrebbe essere stipulata innanzi al tribunale o giudice commissario. L' ipoteca speciale è esclusivamente nelle attribuzioni de' notai. Art. 2127*2013.

Il Sig. Persil, *Reg. hyp.*, *art. 2123*, *n.° 11*, decide la quistione a questo modo. Egli sostiene una decisione conforme dei redattori del *Journal de l' enregistrement:* ma non ne limita l' applicazione ai casi da me menzionati; egli la fa semplicemente *ai giudizj di aggiudicazione per vendite volontarie.* Pare come s' egli avesse avuto in pensiero un antico uso che si era introdotto in molte parti del regno, e specialmente a Parigi, di ottenere, cioè, il permesso di far procedere coll' autorità di un tribunale, all' aggiudicazione di un fondo che trattasi di vendere volontariamente; quale aggiudicazione facevasi, previ incanti ed affissi. Vi è fondamento per crederlo, poichè egli suppone che l' ipoteca si sarebbe stipulata a vantaggio del *venditore*; ma tali aggiudicazioni non possono aver luogo stante l' art. 746*830 del Codice di procedura civile, ove si dice: « Trattandosi di vendite volontarie, gl' immobili appartenenti a persone maggiori di età, le quali abbiano la facoltà di disporre dei loro dritti, non potranno essere esposti giudizialmente all' incanto, sotto pena di nullità. » Del resto la decisione avrebbe sempre luogo relativamente a queste aggiudicazioni fatte prima del Codice di procedura, le quali conterrebbero clausole simili a quelle che noi abbiamo or ora supposte, per ragion di esempio, e sulle quali dovrebbe decidersi.

(Vi è ipoteca giudiziaria quantunque le condanne contenute nelle sentenze sieno indeterminate.)

201. Nell' art. 2123 ✳ 2009 si dice, che l' ipoteca giudiziale deriva da sentenze contradittorie o contumaciali, definitive o provvisorie. Ma perchè possa riputarsi diffinitiva una sentenza in forza di cui debba prendersi iscrizione non è necessario che derivi dalla condanna di una somma fissa e precisa. Qualunque sia l' oggetto dell' obbligazione diceva il sig. Tarrible, *Rep. de Jurisp.*, alla parola *Hypothèque*, *sect.* 2, § 3, *art.* 5, *num.*° 3, esso consiste nel dare o fare qualche cosa, ovvero in non farla: l' effetto è lo stesso. Quando infatti una sentenza impone una obbligazione, o questa obbligazione consiste nel dare una somma determinata, ed allora l' oggetto della ipoteca concomitante non può essere equivoco; o essa consiste nel fare o non fare qualche cosa; e siccome questa obbligazione si risolve, giusta l'art. 1142✳1096 del Codice civile in danni ed interessi, in caso d' inesecuzione per parte del debitore, così questi alla fin fine si troverà obbligato a pagare una somma, al pari di colui che trovasi direttamente condannato a pagare una somma determinata: l' ipoteca avrà quindi il suo oggetto determinato e positivo.

Nè questo è tutto: vi è parimente un' ipoteca in forza della quale l' iscrizione può esser presa, quantunque la sentenza contenga una condanna non solo indeterminata, o che assicuri una somma qualunque più o meno considerevole, ma anche quando la sentenza obbliga ad un fatto il cui risultamento, il quale è incerto, potrebbe farla svanire. Laonde, una decisione della Corte di cassazione, del 21 agosto 1810, à giudicato che potevasi va-

lidamente prendere un' iscrizione ipotecaria, in virtù di una sentenza che condannava un socio direttore a render conto. Denevers, *anno 1810, pagina 515.* Si prevede che, per effetto di una reddizione di conto, quello ch' è stato condannato a renderlo, non solamente può non risultar debitore, ma egli può trovarsi benanche creditore di colui che à chiesto il conto. Ma intanto questa condanna basta per autorizzare un atto conservatorio com' è la iscrizione. L' oggetto essenziale da osservarsi si è che la iscrizione deve contenere una valutazione del credito in una somma determinata, senza di che l' iscrizione sarebbe nulla, giusta gli articoli 2132 e 2148 §. 4 ✳ 2018 e 2042 §. 4. Quindi nella specie della decisione da me citata pocanzi, l' iscrizione conteneva una valutazione.

Ma il debitore può domandare la riduzione dell' ipoteca, a termini dell' art. 2163 ✳ 2057, che dà questo dritto per tutt' i crediti condizionali, eventuali, o indeterminati.

(Quali fra gli atti ch' emanano da' giudici di pace, posson considerarsi come sentenze produttive d' ipoteca ?)

202. Trattasi ora di conoscere quali sono gli atti ch' emanano dai giudici di pace che possono riguardarsi come sentenze produttive d' ipoteca, e quali quelli da cui risulta soltanto una convenzione, per la quale è d' uopo di ottenere una sentenza dai tribunali ordinarj. Una spiegazione intorno a ciò è importante, mentre sarebbe facile d' incorrere in qualche errore.

E da prima convien distinguere due casi; 1. quello in cui un giudice di pace, ed un giudice di pace conciliatore, in conseguenza di citazione a comparire innanzi a lui, per isperimentare la via della conciliazione, stabilisca, in un processo verbale,

fatti, e confessioni dalle quali risultano delle obbligazioni;

2. Il caso in cui un giudice di pace profferisce una sentenza come giudice di pace, e come giudice propriamente detto, in seguito de' poteri accordatigli dalla legge, e conferitigli dalle parti, in forza di autorizzazione data loro dalla legge.

Nel primo caso è certo, che le confessioni, convenzioni, e ricognizioni di obblighi contenuti in un atto fatto avanti un giudice di pace, che non è una sentenza, ma un processo verbale redatto da un giudice di pace conciliatore, non possono per se medesime, essere il germe d' un' ipoteca. In forza di un simile atto non può prendersi effettivamente un' iscrizione ipotecaria, nè procedersi ad alcun atto di esecuzione.

In tale processo verbale non vi è che l' elemento di un titolo di condanna; e perchè poi vi sia la condanna, ch' è un titolo esecutorio, bisogna adire il tribunal civile, onde venga profferita la condanna delle somme reclamate in forza del contenuto nel processo verbale.

L' art. 54 del Codice di procedura civile (a), non lascia alcun dubbio a questo riguardo, poichè ivi è detto: « Le convenzioni delle parti inserite nei processi verbali, *hanno forza di obbligazioni private.* » La determinazione di questo effetto, produce necessariamente l' esclusione del dritto d' ipoteca.

Nel secondo caso poi, quando il giudice di pace, cioè, conosce di una somma molto al disopra dell' ordinaria e legale competenza attribuita ai giudici di pace, e ciò in vigor delle facoltà accorda-

(a) Questo articolo è stato soppresso nelle nostre leggi di procedura civile.

tegli dalle parti, che presentansi innanzi a lui, uniformemente all' art. 7 ✳ 109 del Codice di procedura civile (a), al quale era quasi conforme l' art. 10 della legge del 26 ottobre 1790, allora il giudizio ch' egli emana à tutt' i caratteri impressi dalla legge ai giudizj ordinarj; e quindi produce ipoteca su i beni di colui che vien condannato.

Qual n'è mai la ragione? La ragione si è, che allora il giudice di pace non fa da giudice di pace conciliatore, ma da giudice di pace propriamente detto. Non può esservi alcuna differenza tra una sentenza ch' egli emana come giudice, nel caso in cui la competenza gli viene direttamente attribuita dalla legge, e quella ch' egli emana in qualità di giudice propriamente detto, per somme ch' eccedano la competenza ordinaria dei giudici di pace, quando vi è la dichiarazione o il consenso delle parti, comprovati da un regolare processo verbale, com' è detto nell' articolo 7 ✳ 109 del Codice di procedura.

In questo caso vi è una vera competenza, perchè attribuita dalla legge per mezzo della dichiarazione o a richiesta delle parti; e siffatta estensione di competenza vien deferita al giudice di pace non come conciliatore, ma come giudice di pace, come un vero giudice che deve conoscere di cose determinate dalla legge, per esser di sua competenza in questa qualità.

Ecco quello che si ritrova luminosamente sviluppato e stabilito in una dissertazione del sig. Merlin. *Rep. de juris.*, alla parola *Hypotèque, sect. 2, §. 12, art. 4.*

A dir vero, la decisione della Corte di cassa-

(a) L' art. 109 delle nostre LL. di procedura civile à ristretta la facoltà accordata dalle parti ai giudici, alle sole somme, e materie che sono delle loro attribuzioni.

zione del 22 dicembre 1806 resa sulle sue conclusioni, non fu esattamente a queste conformi: ma non è meno vero ancora ch' essa non ha pregiudicata la quistione, poichè si scorge che fu solo una circostanza particolare quella che diede luogo alla differenza della decisione.

Si può veder benanche quel ch' egli diceva quando fu emessa una decisione il 6 luglio 1807, rapportata da Denevers, *anno 1807 pag. 481.* Le quistioni che trattavansi nelle due decisioni traevano origine dalla legge degli 11 *brumaire* (2 novembre); ma i principj sono i medesimi anche sotto l' impero del Codice civile.

In queste due decisioni trattavasi di ricognizioni di scritture, e sottoscrizioni private, fatte innanzi ad un giudice di pace, per cose di un valore molto al di sopra della sua competenza. Quindi le ricognizioni fatte innanzi al giudice di pace, quando è investito di poteri, conformemente all' artic. 7 ✳ 109 del Codice di procedura, producono ipoteca al pari di tutte le condanne di somme da lui profferite in virtù degli stessi poteri. Allora le parti procedono giudizialmente, com' è detto nell' articolo 2123 ✳ 2009 del Codice civile.

Giova di quì osservare che, nel caso in quistione, il giudice di pace, costituito giudice per effetto dell' art. 7 ✳ 109, anche per le cose ch' eccedono, nel valore, il limite della sua competenza come giudice di pace, può giudicare delle differenze insorte tra persone che non sono nel suo circondario. Il desiderio di vedere estinte le liti à fatto sì che il legislatore gli à accordata questa estensione di competenza. Non può certamente dubitarsene, giusta la disposizione dell' art. 7, così concepita: « Quantunque, avuto riguardo al domicilio del reo ed alla situazione della cosa litigiosa, egli non sia il giudice competente delle parti. » Una de-

cisione della Corte reale di Colmar, del 25 aprile 1817, à applicata la disposizione dell'art. 7 ✳ 109 del Codice di procedura al caso in cui niuna delle parti fosse giudicabile dal giudice di pace. Essa à pur deciso; ed io credo ragionevolmente, che la sentenza non poteva essere impugnata, sol perchè le parti, scegliendosi il giudice, eransi presentate per mezzo di procuratori muniti di mandati stesi con iscritture private, ma registrate. La decisione è così motivata: « Che questa circostanza non può per nulla attenuare la sentenza, mentre le firme apposte in piè delle procure non sono state giammai messe in dubbio, e niuna disposizione di legge obbliga a presentarsi, in questi casi, innanzi ad un giudice di pace, con una procura per man di notajo; che al contrario questa specie di giudizio, proponendosi specialmente di evitare le spese, sarebbe uno sconoscere la vera idea del legislatore, esigendo una procura per man di notajo, mentre ogni giorno le persone si presentano innanzi ai giudici funzionando da conciliatori, con mandati stesi con iscritture private. » Denevers, *anno 1818, pag. 25, supp.*

Ma nel secondo caso, di cui ò fatto parola, bisogna usare per queste sentenze le medesime forme stabilite per le decisioni degli arbitri, vale a dire, il deposito della minuta della sentenza alla cancelleria del tribunal civile, l'ordinanza di *exequatur* del presidente di questo tribunale, e quindi la spedizione della sentenza rilasciata dal cancelliere dello stesso tribunale, come trovasi prescritto dagli articoli 1020, e 1021 ✳ 1096, e 1097 del Codice di procedura?

Io credo di no, e ciò per due ragioni.

1. Perchè queste forme non trovansi stabilite da veruna legge nell'indicato caso; e se il legislatore avesse voluto, non si sarebbe contentato di esigerle soltanto per le sentenze arbitrali.

2. Perchè il giudice di pace, nel caso in quistione, funziona da giudice, e non da arbitro. Egli già non si spoglia del suo carattere di giudice; profferisce una vera sentenza, ed è perchè una sentenza imprime ipoteca da se medesima, che queste forme non sono necessarie. La necessità di osservarle implicherebbe contraddizione coll' esistenza dell' ipoteca che à luogo di dritto.

Quindi nella specie della quale parlava il sig. Merlin, l' iscrizione ipotecaria era stata presa in forza di una semplice sentenza del giudice di pace: e non si pensò a rilevare la pretesa necessità delle forme prescritte per le sentenze degli arbitri, lo stabilimento delle quali era molto anteriore al codice di procedura.

Ecco le vere ragioni per determinarsi senza che vi sia bisogno di ricorrere all' art. 44 della legge sul *budget*, del 28 aprile 1816. Questo articolo non può influire sulla controversia, non riguardando che una differenza di percezione di dritti, relativamente alle sentenze arbitramentali, o non essendosi spiegata, e non avendosi dovuta spiegare in alcun modo sulle forme.

Rimangono a farsi due osservazioni.

La prima si è, che l' applicazione di tutto quello ch' io ò detto, non si fa se non quando il giudice di pace pronunzia, non solamente in forza delle autorizzazioni enunciate nell' art. 7 ✳ 109 del Codice di procedura civile, ma anche sopra cose che di lor natura sono della competenza del giudice di pace, vale a dire, sopra un' azione mobiliare, personale ec. La sentenza sarebbe viziosa se conoscesse di un' azione petitoria, o sopra un caso criminale, o in somma, sopra tutto ciò che sarebbe al di là della competenza del giudice di pace, *ratione materiae*. L' estensione della competenza riman sempre limitata nelle cose della compe-

tenza medesima. Questo è stato benissimo spiegato dal sig. Merlin nella dissertazione più sopra citata.

La seconda osservazione si è, ch' è indispensabile che tutto quello che si fa in seguito dell' art. 7 ✳ 109 del Codice di procedura civile conservi sempre il carattere di sentenza, propriamente detta, ch' emana da un giudice.

Laonde non vi sarà compromesso se non è presente il giudice di pace. Convien quindi portarsi all' udienza di questo, chiedergli una sentenza, e far che simile domanda sia comprovata da un processo verbale.

Vi dev' essere una sentenza o profferita all' istante, o dietro deliberazione, o dopo le operazioni preparatorie che potrebbero esser necessarie, e la sentenza dev' esser pronunziata in pubblica udienza, citate le parti a quest' effetto.

La sentenza e gli atti che l' han presentata conviene che sieno scritti sul foglio d' udienza, e la spedizione di essa dev' esser fatta dal cancelliere, sulla minuta esistente sul foglio di udienza, e non sopra una carta volante.

Ove tutto questo manchi, la decisione del giudice potrebbe perdere il carattere di una vera sentenza; potrebbe non vedersi in essa che una sentenza degli arbitri ordinarj, e si crederebbe essersi praticate dalle manovre per privare il cancelliere del tribunal civile dell' emolumento dovutogli, ed il governo dei dritti di percezione, come quelli che esige per le spedizioni rilasciate dai cancellieri dei tribunali civili.

(Sentenze profferite dagli arbitri.)

203. Il principio relativo all' ipoteca prodotta dalle sentenze degli arbitri, è consecrato nell' art. 2123 ✳ 2009 del Codice civile. « Le sentenze degli ar-

bitri non producono ipoteca, se non quando siano munite di un' *ordinanza del giudice che ne prescrive la esecuzione* ». Questa disposizione è conforme agli antichi principj. Trascrivere quel che dice a questo riguardo il sig. Despeisses *part. 3, sez. 3., n. 12*, sarà il miglior mezzo perchè si conoscano i principj, una coi motivi che si applicano all' attuale legislazione. Egli parla coi principj della legge romana, e con una giurisprudenza costante dei tribunali del regno. « Ma la sentenza degli arbitri, ci diceva, non à pronta esecuzione se, non quando è stata resa esecutoria dall' autorità del giudice ordinario, poichè gli arbitri non avendo autorità di giudicare per opera del Re, ma per sola volontà delle parti contendenti che gli ànno eletti, *la loro sentenza è un atto privato fino a che non sia stata resa esecutoria*: » e quando anche vi fosse acquiescenza delle parti dopo di essere stata emessa la sentenza degli arbitri, non di meno non può essere eseguita che per autorità del giudice, mentre sussiste sempre la stessa ragione di essere, cioè, un atto privato. E se vi è appello può eseguirsi provvisoriamente, e senza pregiudizio dell' appello, per autorizzazione del giudice di appello ».

Quindi l' ipoteca comincia a decorrere dal giorno dell' ordinanza di esecuzione emanata, o dal presidente del tribunale di prima istanza, o dal presidente della Corte reale, secondo i casi enunziati nell' art. 1020 ✳ 1096 del Codice di procedura. L' iscrizione può dunque prendersi in forza dell' ordinanza di esecuzione; e se vi fosse appello avverso la sentenza degli arbitri, il che accaderebbe se non si fosse rinunciato alla facoltà di appellare giusta l' art. 1010 ✳ 1086, l' appello non sospenderebbe il dritto di prendere iscrizione, salvo il dritto del debitore di farla radiare o ridurre, se-

condo la circostanza, come l' ho già detto per le condanne emanate dai tribunali.

Serres, *Instit. au droit franc., liv. 3., tit. 14* aveva sostenuto che l' ipoteca, riguardo alle sentenze degli arbitri, si acquista dal dì della omologazione (ossia della ordinanza di esecuzione) fatta dal giudice, *ovvero dal dì dell' atto di deposito fattone in man di notajo.* Questo autore, per altro istruitissimo, era incorso in errore. Per una parte, ciò confondeva le idee sulle ipoteche convenzionali e sulle ipoteche giudiziali; per l' altra, come mai potea risultar l' ipoteca del semplice fatto materiale del deposito di un atto presso un notajo, senza il consenso delle parti, ch' è il principio dell' obbligazione, e per conseguenza dell' ipoteca? Si è già visto altrove presso Despeisses, che l' approvazione delle parti era inutile per la ipoteca delle sentenze degli arbitri. L'ipoteca dunque è stata sempre annessa all' ordinanza di esecuzione. Quindi Soulatges, *des hyp. pag. 69*, e Rodier, sull' art. 8. dell' ordinanza del 1667, i quali, al par di Serres, hanno scritto secondo i principj e la giurisprudenza del parlamento di Toulouse, insegnano che l' ipoteca derivava dall' ordinanza di esecuzione, e disapprovano quel che Serres diceva sull' effetto del deposito della sentenza degli arbitri. Nondimeno, vedesi anche, sebbene non senza meraviglia, elevarsi questa difficoltà vigente la legge degli 11 *brumaire* anno 7 (2 novembre 1779). Ma una decisione della Corte di cassazione del 25 *prairial* anno 11 (15 giugno 1803), la proscrisse. Questa decisione giudicò che non poteva prendersi iscrizione se non in virtù dell' omologazione giudiziale di una sentenza di arbitri, o di arbitri commerciali, giusta l' art. 13, tit. 4 dell' ordinanza del 1673, e non già in virtù dell' atto di deposito che n' era stato fatto alla cancelleria della

giurisdizion consolare. Denevers, *anno 11, pag. 303.*

Credo inutile il discendere ad altre particolarità circa le forme che debbono precedere ed accompagnare le sentenze degli arbitri, e circa quelle relative al modo di eseguirle; tutto ciò trovasi regolato dal codice di procedura lib. 3, tit. unico (lib. 9, tit. unico).

Ciò nulla ostante dirò qualche cosa sull' art. 1022 ✳ 1098 che à fatta nascere qualche difficoltà: in esso è detto: « Le sentenze degli arbitri in nessun caso potranno essere opposte contra i terzi. » Non si deve già intendere questo articolo nel senso che la sentenza degli arbitri non possa produrre ipoteca, a danno dei terzi, giacchè sarebbe un distruggere interamente l' effetto della sentenza degli arbitri riducendola ad una semplice condanna personale contra il debitore; mentre poi le stesse sentenze degli arbitri, producono l' effetto medesimo, sotto tutt' i rapporti, o almeno sotto al rapporto dell' ipoteca, delle sentenze profferite dai tribunali. Il legislatore à voluto dir solo che i terzi avevano un egual dritto d' impugnare le sentenze degli arbitri, di quello accordato dalla legge ad ogni interessato, che non è stato parte nella sentenza resa da un tribunale, la quale potea nuocere ai suoi dritti, giusta la massima conosciuta, *res inter alios acta alteri non prodest, neque nocet.* Il sig. Persil, *Reg. hypot., art. 2123 n. 15*, ne à fatta la osservazione, ed à creduto doverla corredar con un esempio, al quale rinvio.

(L' iscrizione presa in forza dell' ipoteca generale colpisce tutt' i beni che pervengeno in seguito al debitore, sebben questi cessi di possederli).

204. L' ipoteca giudiziale è generale, vale a dire, ch' essa colpisce tutt' i beni presenti e futuri

del debitore, giusta l' art. 2123 ✳ 2009; ed è per effetto di questo principio, che, come si scorge dal num. 193 di quest' opera, tutt' i beni presenti e futuri possono essere colpiti da una sola iscrizione, presa simultaneamente sopra tutt' i beni, senza bisogno d' iscrizioni successive a misura che perverranno in potere del debitore. Ciò posto, conviene applicare all' ipoteca giudiziale, come ad ogn' ipoteca generale, i principj da me esposti nel numero 52. Laonde ogni immobile, la cui proprietà si acquista dal debitore, dopo l' iscrizione presa in vigor di un' ipoteca giudiziale, riman sottoposto a questa ipoteca; e questa ipoteca lo segue comunque esso esca dalle mani di lui: bisogna però che il debitore sia stato in possesso del fondo, ancorchè per brevissimo tempo, e che lo abbia posseduto a titolo di proprietà.

(Caso in cui il debitore si ammogli).

205. L' ipoteca inficia tutt' i beni presenti e futuri, sia qualunque il carattere d' inalienabilità che possano accidentalmente essi prendere, a motivo di un nuovo stato del debitore. Quindi l' ipoteca segue non solo i fondi appartenenti al debitore quand' egli si ammoglia, ma anche quelli che acquistar potrebbe durante il matrimonio, ancorchè passassero in poter della moglie, in conseguenza di una divisione di comunione, da essa accettata. Essendo egli il capo e il padrone della comunione, avrebbe potuto rivendere questi fondi, avendone la libera disposizione. È ancora per questa ragione, come si vedrà in prosieguo, che la stessa moglie può, per effetto della sua ipoteca legale, dirigersi su i fondi acquistati dal marito durante il matrimonio, quantunque contratto colla regola della comunione; del pari l' ipoteca giudiziale, a causa

della sua generalità, inficia i beni dotali della moglie, non solamente quando la sentenza è profferita contro di essa prima di maritarsi, ma anche quando vien profferita durante il matrimonio, ad onta ch' ella non possa nè ipotecar, nè vendere questi beni con atti volontarj, almeno, senza le formalità volute dalla legge in questo caso. Quand' ella subisce una condanna giudiziale è la sentenza che colpisce d' ipoteca i suoi beni, poichè, come debitrice, ella entra nella categorìa di tutti gli altri debitori.

(Quando un debitore che à un fondo soggetto a un' ipoteca generale, e permuta questo fondo, e questo e quello che riceve in permuta rimangon forse simultaneamente gravati da questa ipoteca generale?)

206. Ma i fondi posseduti da un debitore posson cessare di appartenerglisi per effetto di atti diversi da quelli a titolo oneroso, o a titolo gratuito. Può stare ch' egli li dia in cambio di altri: si eleva qui una grave quistione, se, cioè, i fondi dati in cambio, e quelli ricevuti in contraccambio rimangan del pari gravati dall' ipoteca giudiziale, o da ogni altra ipoteca generale, e come mai può sperimentarsi l' azione ipotecaria su i fondi cambiati.

Alcuni han preveduta siffatta quistione; ma essa non lo è stata sotto al rapporto delle distinzioni che convien fare per ben intenderla. O il creditore comincia dall' esercitar la sua ipoteca sul fondo dal debitore dato in cambio, o la esercita sul fondo da questo ricevuto in contraccambio. Nel primo caso, se il terzo possessore, a titolo di permuta, non à prese tutte le misure atte a purgar le ipoteche gravitanti sul fondo, o colla trascrizione, per rapporto ai creditori ordinarj, o, se vi è timore d' ipoteche legali, colle forme stabilite dalla legge per giungere a purgar questa specie d' ipoteche,

è visibile che questo terzo possessore sarà soggetto alla gravezza dell' ipoteca, ed a tutte le sue conseguenze. Ma è anche evidente che vi è un regresso contra colui col quale si è fatta la permuta; regresso che può tendere alla risoluzione della permuta, ed alla rivendicazione del fondo permutato. Questo regresso sarebbe fondato su tutt' i principj relativi alla garantìa del contratto di permuta. La proprietà non si acquista dall' un de' permutanti, se la proprietà contraccambiata non rimane all' altro de' contraenti. Nell' art. 1705 ✳ 1551 del codice civile, ch' è la espressione degli antichi principj, è detto: « Il permutante che à sofferta la evizione della cosa ricevuta in cambio, può a suo arbitrio domandare o il risarcimento dei danni e degl' interessi, o la restituzione della sua cosa.»

Nel secondo caso, vale a dire quando il creditore ipotecario comincia dal dirigersi sul fondo ricevuto in contraccambio dal suo debitore, allora quegli dal quale questo fondo proviene, può rivendicarlo col mezzo della separazione, rilasciando invece il fondo che gli era stato dato in permuta, che in questo caso, rimarrà solo colpito dall' ipoteca. Ciò che io ho detto suppone che l' uno e l' altro fondo non possono rimanere simultaneamente gravati dall' ipoteca; il che pare che sia vero in rigor di giustizia. Almeno, intendo dire che il creditore può coll' azione ipotecaria perseguitare i due fondi, poichè a norma del partito che sarà per prendere il terzo permutante, l' ipoteca potrà sperimentarsi o sull' uno o sull' altro: ma io non credo che l' azione ipotecaria possa esaurirsi sopra ambo i fondi simultaneamente. Se fosse diversamente il creditore avrebbe un' ipoteca doppia di quella sulla quale egli avea contato; e ciò a spese del terzo che avrebbe permutato il suo fondo, se non potesse conservar nè quello ricevuto in cambio, nè

quello dato. *Nemo jactura alterius locupletari potest.*

Ma supponghiamo che il terzo permutante abbia trascurato di formare una domanda di separazione; che avesse fatta correre la vendita e l' aggiudicazione del fondo permutato, e che il prezzo dell' aggiudicazione non bastasse a far fronte alla totalità dei crediti, in seguito di uno stato di graduazione, potrebbe il creditore in questo caso esercitar la sua ipoteca sul fondo che trovasi presso il terzo permutante, e che lo à ricevuto in permuta dal debitore? Ecco l' importante quistione ch' io qualche volta ò vista elevarsi.

Soulatges, *des hyp.*, *pag. 101*, dice a questo proposito che l' ipoteca generale comprenderebbe il fondo permutato, ma vi apporta una significante modificazione. « Il che, egli dice, deve intendersi in guisa che il creditore fosse nel diritto di far pignorare e vendere giudizialmente *non i due fondi permutati* ma solamente *il fondo ricevuto in contraccambio*, secondo la massima, *subrogatum sapit naturam subrogati.* Talchè, in questo caso il fondo dato in permuta rimarrebbe libero presso colui che con questo titolo lo possiede. »

Inclinerei a questa opinione, perchè conforme ai principj del dritto e dell' equità. Nel *Journal des audiences, tom. 2, pag. 52*, leggesi una decisione del parlamento di Parigi, del 14 luglio 1661, che sebben profferita in una specie non interamente simile a quella di cui qui si tratta, pure à giudicato colle idee colle quali io mi son ora spiegato. Nondimeno, io penso che possa arrecarvisi il seguente temperamento. Se il fondo ricevuto dal terzo permutante fosse di un valore superiore a quello del fondo da lui dato in contraccambio al debitore, e quest' ultimo avesse pagato un tale dippiù, il creditore potrebbe, nel caso in controversia,

sperimentar la sua ipoteca sul fondo che trovasi presso il terzo permutante, fino alla concorrenza della plus-valenza, comparativamente al valore del fondo dato in contraccambio, e rimasto aggiudicato. Di ciò può comprendersene agevolmente la ragione. Questa plus-valenza, per la quale vi sarebbe una vendita per mezzo della stipulazione del pagamento del dippiù era sottoposta all' ipoteca. Essa vi è rimasta soggetta, e non può, rispetto ad essa per la quale non vi è sorrogazione, farsi valere la massima, *subrogatum sapit naturam subrogati*.

Io non veggo che questo mio ragionamento possa esser vinto da ragionamenti più solidi. È vero che presso Denizart, alla parola *Echange*, *num. 7* trovasi che il fondo dato in permuta al debitore riman gravato dall' ipoteca, e che il creditore è anche in dritto *di dirigere la sua azione ipotecaria* contro a colui che possiede il fondo del quale il debitore era proprietario prima della permuta. È vero che anche in Domat in una nota al num. 12, della sezione 1., tit. 2., lib. 3., leggesi che nel caso dell' ipoteca di tutt' i beni presenti e futuri, *l' ipoteca si estende a tutt' i due fondi* (permutati). Ma egli è pur verissimo che tutto ciò avea bisogno di una spiegazione, e ch' io ho cercato di dar quella ch' ò creduta la più conveniente.

Ciò nulla ostante, debbo dire che la Corte di cassazione, *sezione de' ricorsi*, con decisione del 9 novembre 1815, ha giudicato con idee opposte. Essa à deciso che quando un debitore, i cui beni presenti e futuri sono ipotecati, à fatta una permuta, il fondo ch' egli à dato e quello che à ricevuto in cambio, rimangono gravati dall' ipoteca, e che il creditore può farli successivamente discutere.

È vero che nella specie di questa decisione sebben si fosse trattato di un' ipoteca legale esercitata da una donna maritata, pure per parte di essa vi era stata un' iscrizione ipotecaria presa prima della permuta, e che nella dispositiva della decisione si dice: « Attesocchè il permutante, come qualunque altro acquirente, non può essere al coverto *delle iscrizioni ipotecarie, prese sul fondo acquistato, se non purgando i fondi medesimi dalle iscrizioni ipotecarie, secondo le forme stabilite dalla legge, il che nella specie non si è praticato.* Denevers *anno 1815, pag, 592.* È difficile di ravvisare una ragione per decidere diversamente fra il caso in cui non vi fosse iscrizione prima della permuta, e quello in cui ve ne fosse una, trattandosi d' ipoteca legale. Ma con tutto ciò il possente pregiudizio della decisione della Corte di cassazione non sussiste meno.

Del resto la conoscenza delle difficoltà che si elevano in questo caso, avvertirà gli acquirenti, anche a titolo di permuta, quanto sia del loro interesse d' impiegar tutt' i mezzi che la legge appresta per purgar tutte le ipoteche sien legali, sien ordinarie, affin di essere al sicuro da ogni azione. La decisione della Corte di cassazione da me citata, sembra darne loro il consiglio; ed io ò molte volte osservato che la legge veglia per gl' interessi di tutti, e che, solo perchè si trascurano le precauzioni da essa suggerite, molti trovansi esposti a liti rovinosissime.

Ma tutto quello ch' io ò detto è estraneo al caso della permuta di un fondo sottoposto ad un ipoteca speciale. Allora l' ipoteca rimane unicamente sul fondo sul quale è stata costituita. La specialità si oppone alla estensione dell' ipoteca sopra ogni altro fondo, come pure alla idea della surrogazione di un fondo dato invece di un' altro.

Ciò risulta da quel ch'è detto ne' luoghi da me poco fa citati di Soulatges e di Domat. Essi parlano d'un'ipoteca speciale, come appunto avea luogo in virtù delle leggi romane, e si scorge che dee dirsi la stessa cosa, e con maggior ragione nella nostra legislazione, per un'ipoteca convenzionale con ispecialità.

§. II.

Dell' ipoteca che può derivare da sentenze di tribunali stranieri, e da sentenze di arbitri profferite in paesi stranieri.

(Principj relativi all'effetto delle sentenze pronunziate in paesi stranieri).

207. Eccoci a quello che riguarda le sentenze emanate in paesi stranieri. Per formarsi idee esatte in questa materia, giova di ravvicinare l'art. 121 dell'ordinanza del 1629 all'art. 2123 ✳ 2009 del Codice Civile.

Art. 121: « E ad onta delle sentenze pronunziate in paesi stranieri, i nostri sudditi, contro dei quali saranno state pronunziate, potran far discutere nuovamente la loro causa *ex integro* innanzi ai nostri magistrati. »

Art. 2123 ✳ 2009. « Non può parimente derivar l'ipoteca dalle sentenze pronunziate in paese straniero, se non quando ne sia stata ordinata la esecuzione da un tribunale francese; senza pregiudizio delle disposizioni contrarie che possano essere nelle leggi politiche o ne' trattati. »

Due controversie sono da prima insorte sul modo d'intendere l'art. 2123 ✳ 2009. La prima è stata, se da queste parole: « se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione da un tribunale

francese » fatta astrazione dalle leggi politiche e dai trattati che potrebbero non esistere, dovesse dedursi che quello che fu giudicato in paese straniero, dovess' essere nuovamente giudicato da un tribunal francese; in una parola, se si dovesse ricominciare in Francia l' istruzione della causa come se non fosse stata mai decisa. Nel caso affermativo, insorgeva l' altra quistione, se la sentenza, fosse stata resa in paese straniero tra un forestiere ed un francese, la facoltà di dimandarne in Francia la revisione, ed una nuova decisione, appartenesse all' uno ed all'altro, o al solo francese.

In ordine alla prima quistione è ben difficile che potesse elevarsi un dubbio di qualche momento, e questa sorta di dubbj si son visti dileguati fin dal nascere della giurisprudenza figlia del Codice civile. Certamente, stando all'espressioni dell' art. 121, dell' ordinanza del 1629, questa legge accordava al francese condannato in paese straniero la facoltà di far nuovamente discutere la sua causa innanzi ad un tribunale di Francia. Questo dritto trovavasi anche stabilito a favore de' regnicoli, molto prima di tale ordinanza, mentre antichi decreti riferiti da Mornac e da Trancou, come pure da Choppin, sulla Costumanza di Anjou, lib. 3, cap. 3, tit. 3, n.° 11 e 12, così avevan giudicato. Lo stesso dritto è stato confermato da decreti del decimottavo secolo.

In verità, l' art. 2123 ✳ 2009 del Codice civile è concepito in modo differente da quello col quale fu concepito l' art. 121 dell' ordinanza; e non vi si vede così chiara l' idea della facoltà di far riveder di nuovo in Francia la sentenza resa in paese straniero: ma già non può dubitarsi che non sia stato redatto nello stesso spirito. D' altronde, se non è questo il senso delle parole, *se non quando ne sia stata ordinata l' esecuzione da*

un tribunale francese, contenute nell'art. 2123 ✳ 2009, quale altro sarà mai? Pretenderebbesi forse che il legislatore abbia semplicemente voluto che si ottenesse, dietro citazione, una sentenza da un tribunal francese competente, colla quale si ordinasse, in un modo assoluto, che la sentenza resa in paese straniero si eseguisse, senza discutersi ciò ch'è stato giudicato? Si dirà forse che l'unica mira del legislatore, nell'art. 2123, sia stata quella di render produttiva d'ipoteca la sentenza pronunziata in paese straniero, astrazion fatta dalla idea del dritto di farla riesaminare da un tribunale francese? Ma niuna differenza vi sarebbe tra questa disposizione e quella del medesimo art. 2123 ✳ 2009 colla quale si dice che *le sentenze degli arbitri non producono ipoteca, se non quando sieno munite da un'* ORDINANZA DEL GIUDICE, CHE NE PRESCRIVE LA ESECUZIONE. La sola differenza che vi sarebbe si è che, nel caso della sentenza degli arbitri, basta un'ordinanza del presidente del tribunale; laddove nel caso della sentenza profferita in paese straniero, pare come vi fosse d'uopo di una sentenza di un tribunale francese competente. Ma la sentenza dichiarativa di esecuzione, essendo necessaria, senza revisione, e senza discussione della cosa altrove giudicata, degenererebbe in una semplice omologazione. E non potrebbe neppur concepirsi l'oggetto propostosi, nello stabilire una differenza, poichè questa non caderebbe che sulla forma. Considerate per questa parte le parole dell'art. 2123 ✳ 2009, *se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione da un tribunale francese*, esse riportansi ad una semplice dichiarazione di esecuzione parata, il cui oggetto sarebbe quello di accordare una specie di *pareatis* (*a*). Ma non

(*a*) Voce pretta latina già usata in Francia, per de-

può darsi questa significazione alle parole dell'art. 2123 ✳ 2009, mentre il modo di eseguire le sentenze emesse in paese straniero, ch'è tutt'altra cosa che imporre un'ipoteca, e far nuovamente discutere ciò che fu altrove giudicato, è divenuto l'oggetto dell'art. 546 ✳ 656 del Codice di procedura civile, di cui parlerò fra poco. Dimodocchè i principj consecrati negli art. 2123 e 2128 ✳ 2009 e 2014 del Codice civile non destano l'idea di una semplice esecuzione passiva, assoluta, indefinita. Da essi non può emergere quello che anticamente chiamavasi *visto* o *pareatis*, necessario anche per le sentenze de' tribunali francesi che dovevano eseguirsi nella giurisdizione di altri tribunali francesi. Era quella una vana formalità ch'è stata soppressa dall'art. 547 ✳ 637 del Codice di procedura civile.

Del resto, il principio che tende a stabilire la facoltà di domandare in Francia la revisione della sentenza resa in paese straniero, il che vuol dire annullamento di quella sentenza, è stato confermato da una decisione della Corte di cassazione, del 18 *pluviose* anno 12 (8 Febbrajo 1804) resa sulle uniformi conclusioni del sig. Merlin. Queste conclusioni e la decisione leggonsi in tutta la loro estensione nelle di lui *Questions de droit* alla parola *Jugement* §. *14*. La stessa dottrina è stata confermata da molte altre decisioni, ch'io andrò indicando nel trattar la seconda quistione da me già annunziata.

---

signare certe lettere di Cancelleria, necessarie quando trattavasi di eseguire nella giurisdizione di un parlamento, la sentenza emanata da un altro.

(La facoltà di chiedere ai tribunali di Francia la revisione di sentenza pronunziata in paese straniero, è reciproca al forestiero ed al francese ?)

208. In questa seconda quistione si tratta di conoscere, se la sentenza è resa in paese straniero tra un francese ed un forestiere, la facoltà di dimandarne la revisione in Francia è propria dell' uno e dell' altro, ovvero del solo francese. Questa limitazione era scritta con tanta precisione nell' art. 121 dell' ordinanza del 1629; e, da lungo tempo, in forza di decisioni, e de' principj professati dai grandi magistrati, e specialmente dall' illustre cancelliere d' Aguessau in molte circostanze, si era talmente persuaso, il dritto di far rigiudicare ciò che l' era già stato non appartener che ai francesi, come un privilegio annesso a questo titolo, che si credette di trovare lo stesso spirito nell' art. 2123 ✳ 2009 del Codice civile, sebben fosse difficile ed anche impossibile di rinvenirvelo. Laonde si vide sorgere una giurisprudenza, che si è pur lungamente sostenuta, assolutamente conforme a quel che praticavasi prima del Codice civile, a norma dei principj dell' ordinanza del 1629; val quanto dire, che il dritto di chiedere la revisione della sentenza si restringeva ai francesi condannati in paese straniero.

È facile che questa giurisprudenza rinvigorivasi coll' idea presentata da parecchi anni alla Corte di cassazione, e che vi fu ammessa, di essersi, cioè, riguardata quest' ordinanza come legge generale in Francia, idea ch' era certamente capace di grandi difficoltà, e di molte limitazioni in quanto ai luoghi nei quali poteva essere praticata, come l' ho fatto conoscere nel numero 14. Io ò estratte le disposizioni delle decisioni rese secondo i principj

dell' ordinanza del 1629. In grazia della brevità, ne presenterò solamente i risultamenti, senza riferirne le specie, che potran consultarsi nelle raccolte, ove le decisioni son rapportate. Mi contenterò dunque di dire, che tra le altre decisioni che hanno adottato questo modo di applicar l' art. 2123 del Codice civile, indipendentemente dalla decisione della Corte di cassazione del 18 *pluviose* anno 12 (8 febbrajo 1804), di cui ò già fatta parola, ve n' è un altra della Corte medesima del 7 gennajo 1806, colla quale si rigetta un ricorso prodotto avverso una decisione della Corte reale di Besanzone del 18 *messidor* anno 12 (9 luglio 1804). La decisione del sette gennajo 1806 trovasi in Denevers, *lo stesso anno, pag. 113* ed in Sirey, *anche lo stesso annó, pag. 129* : trovasi pure nel *Répertoire de jurisp.* del sig. Merlin alla parola *Jugement*, § 8, colle conclusioni da lui date in qualità di procurator generale. Convien dire che con questa decisione non fu fatto dritto alla domanda di revisione della sentenza resa in paese straniero; ma si scorge, come in quella della corte di Besanzone, che ciò fu solo perchè le disposizioni dell' art. 121 dell' ordinanza del 1629, non sono applicabili che alle sentenze pronunziate in paese straniero *tra un forestiere ed un francese*, e che, nella specie della decisione, una sentenza di Neuchatel, a motivo di particolari circostanze, dovea riguardarsi come se fosse stata pronunziata *fra due forestieri*. In forza della eccezione adunque, s' intendeva confermar la regola ricavata dall' art. 121 dell' ordinanza del 1629 sulla differenza da farsi tra il francese cui accordavasi la facoltà di far rivedere la sentenza, e lo straniero al quale niegavasi. Può vedersi una decisione della Corte reale di Poitiers, ed un' altra della Corte reale di Bruselles; la prima dell' 8 *prai-*

rial anno 13 (29 maggio 1805), e la seconda del 3 *nivose* anno 14 (24 Dicembre 1806). Veggansi, Sirey *anno 1806 pag. 41*, e Denevers *pag. 71 e seg.* Finalmente io rinvìo ad un' altra decisione della Corte di cassazione del 27 agosto 1812, rapportata da Denevers, *lo stesso anno pag. 590.* Quello che vi è di osservabile, per indagare l'idea dei magistrati, è questo motivo: » *che invero gli articoli citati* (2123 e 2128 ✳ 2009 e 2014 del Codice civile) *non autorizzano formalmente il francese che à perduto innanzi al tribunale straniero, a provocare un nuovo esame in Francia; ma che questa facoltà è consecrata nell' art. 121 dell' ordinanza del 1629, articolo che contiene una legge politica, non abrogata dai nuovi Codici.*

Questa giurisprudenza destò non poca sorpresa ne' magistrati e giureconsulti che osservavano con occhio diverso le disposizioni dell' art. 2123 del Codice civile. Essi, non pertanto, non eran sicuri delle loro proprie idee, stante il rispetto e la fiducia che meritavan giustamente le decisioni della Corte di cassazione. Tal era lo stato delle cose, quando con decisione del 19 aprile 1819 questa Corte à giudicato che il dritto di far rivedere la sentenza era comune al francese ed al forestiere. La decisione è di tale importanza ch' io credo doverne far conoscere la specie e i motivi. Io l' attingo dalla Raccolta delle decisioni di questa Corte, ove trovasi riferita con egual sicurezza che precisione.

« Con sentenza del 14 maggio 1814, il tribunale di Boston, aveva condannato Parker, *americano*, a pagare ad Holker, *francese*, per saldo di liquidazione di una società di commercio, circa tre milioni di fr..

« Parker abitava in Francia, ov' egli avea fatto

acquisto di effetti mobiliari e d'immobili, sui quali Holker aveva chiesto al tribunale civile della Senna, di essere autorizzato ad eseguire la sentenza del tribunale di Boston.

Una sentenza del tribunale della Senna aveva infatti dichiarata esecutoria quella di Boston; e ciò senza esame, e senza cognizion di causa. Dietro appello interposto da Parker, la sentenza era stata annullata dalla Corte reale di Parigi, la cui decisione fu così motivata.

« Stantecchè l'ordinanza del 1629 stabiliva come principio generale ed assoluto che le sentenze pronunziate in paese straniero, *sia qualunque la loro causa*, non avrebbero alcun effetto in Francia; che il Codice civile aveva data la stessa estensione a questo principio, col dichiarar che l'ipoteca non può risultare da sentenze pronunziate in paese straniero, se non quando ne sia stata ordinata la esecuzione da un tribunale francese; che siffatta dichiarazione non riguarda una pura formalità, come altravolta colla concessione del *pareatis* da una giurisdizione ad un'altra per le sentenze emanate nell'interno del regno; ma suppone per parte del tribunale francese, una cognizion di causa ed un profondo esame della giustizia della sentenza, come la ragion lo esige, e come si è costantemente praticato in Francia, giusta la testimonianza degli autori antichi.

» Holker produsse ricorso per annullamento e pretese che la Corte reale, imponendo l'obbligo ai giudici di procedere ad un esame in merito, prima di dichiarare esecutoria in Francia una sentenza pronunziata in paese straniero, *quando era stata favorevole ad un francese*, aveva falsamente interpetrata l'ordinanza del 1629, e gli articoli 2123 e 2128 ✳ 2009 e 2014 del Codice

civile, e 546 ✳ 636 del Codice di procedura civile, ed aveva commesso un abuso di potere.

» Ma la Corte, dopo di avere esaminata la controversia con maggior diligenza, poichè trovavasi diversamente risoluta dalle Corti reali, rigettò il ricorso di Holker pei seguenti motivi.

» Considerando che l' ordinanza del 1629, disponeva in un modo assoluto e senza eccezione, che le sentenze rese in paesi stranieri non potevano eseguirsi in Francia, e solo i Codici civile e di procedura hanno autorizzati i tribunali francesi a renderle esecutorie;

» Che quindi l' ordinanza del 1629 non è applicabile alla presente controversia;

» Considerando che gli art. 2123 e 2128 ✳ 2009 e 2014 del Codice civile e l' art. 546 ✳ 636 del Codice di procedura, non autorizzano i tribunali a dichiarare, senza esame, esecutorie in Francia le sentenze rese in paese straniero;

» Che una simile autorizzazione sarebbe contraria all' istituzione dei tribunali come lo sarebbe stata quella di accordare o negare la esecuzione arbitrariamente a capriccio;

» Che quest' autorizzazione, la quale, d' altronde, offenderebbe le regalie del governo francese, non è stata nelle mire del legislatore, mentre quand' egli à dovuto permettere l' esecuzione, sopra semplice *pareatis*, delle sentenze emanate da arbitri rivestiti dalla legge del carattere di giudici, egli à avuto cura di non accordar la facoltà di omologarle, che al presidente e non al tribunale, mentre un tribunale non può pronunziare se non dopo matura deliberazione, e non può, anche ne' giudizj contumaciali, far dritto alla domanda, se *questa non è giusta e ben fondata* art. 116, e 150 ✳ 221 e 244 del Codice di procedura.

» Considerando infine che tanto il Codice civile, quanto quello di procedura non fanno alcuna distinzione tra questi diversi giudizj resi in paese straniero, permettendo ai giudici di dichiararli tutti esecutorj.

» Che quindi, queste sentenze essendo incontrastabilmente soggette ad esame sotto l' impero del Codice civile, come lo sono state semprecchè si sono pronunziate contra un francese, non si potea decidere che tutte le altre debban rendersi esecutorie senza cognizion di causa, ammenocchè non si avesse voluto andar più in là della legge ed introdurre una distinzione arbitraria, poco fondata su i principj e meno sulla ragione;

» Che da tuttociò deriva che, rigettando la eccezione della cosa giudicata, la quale si pretendea che risultasse da una sentenza resa in paese straniero, ed ordinando che l' attore deducesse le ragioni sulle quali è fondata l' azion sua, per essere eccepite da Parker, e quindi decidersi sul tutto con cognizione di causa, la Corte reale di Parigi à fatta una giusta applicazione degli articoli 2123 e 2128 ✳ 2009 e 2014, del Codice civile, e 546 ✳ 636 del Codice di procedura. »

Su questa controversia si possono avere delle utili idee dalla discussione della Corte reale di Parigi, del 27 agosto 1816, confermata da questa decisione della Corte di cassazione. Denevers *anno 1806, pag. 128, sup.*

È dunque manifesto, a norma della riferita decisione, che, tranne il caso di disposizioni di leggi politiche o di trattati, se ve ne sono, dai quali non deesi credere che la Corte di cassazione abbia inteso di allontanarsi, la facoltà di domandar la revisione della sentenza pronunziata in paese straniero debba esser comune tanto al forestiere che à perduto, quanto al francese che si trovasse nella

circostanza medesima. Questa decisione è molto più conforme all' art. 2123 ✳ 2009 del Codice civile, che non ammette l' arbitraria distinzione introdotta dalla giurisprudenza prossimamente passata.

Le cure che si prende una Corte, le nuove meditazioni alle quali si abbandona in vista di migliorar la giurisprudenza, e renderla esattamente conforme al testo ed allo spirito della legge, non possono essere che altrettante ragioni di elogj. La sola critica ingiusta potrebbe riguardar con dispiacere un cambiamento di opinione. In legislazione, in giurisprudenza, ed in tutto quello ch' è l' oggetto delle operazioni dello spirito, il vero non si scopre a primo aspetto, e la scoperta della verità è sempre il frutto del tempo e delle riflessioni che si succedono.

(I principj son pure i medesimi pei tribunali di commercio.)

209. Ben si scorge che tutto quello che si è detto sulla facoltà di chiedere la revisione di una sentenza, allorch' è d' uopo, deve osservarsi così riguardo alle sentenze pronunziate dai tribunali di commercio, come riguardo a quelle pronunziate dai tribunali ordinarj. Non saprebbe trovarsene una differenza. Non vi è neppur bisogno, per formarsi delle idee a questo riguardo di sapere che ciò è stato giudicato da alcune delle decisioni da me riferite, e da altre ancora. È stato questo specialmente uno dei punti giudicato dalla Corte di cassazione, nel 18 *pluviose* anno 12 (8 febbrajo 1804).

(È indifferente che l' una o l' altra delle due parti sia stata attrice, rea convenuta, o interventrice in causa.)

210. Perchè il dritto di chiedere la revisione d' una sentenza pronunziata in paese straniero esi-

sta, poco importa che la chiegga l'attore, il reo, o l'interventore in causa. Ciò è stato giudicato dalla medesima decisione « Considerando, ivi è detto, che l'espressioni generali dell'art. 121 dell'ordinanza del 1629) dalla quale allora prendevan norma, e che ora convien combinare coll'art. 2123 ✳ 2009 del Codice civile, bene inteso, giusta la decisione della Corte di cassazione, del 19 aprile 1819; non soffrono alcuna eccezione, sia relativamente alla natura della controversia trattata innanzi ad un tribunale straniero, sia relativamente alla qualità con cui un francese vi à figurato; che quindi non si può, per l'applicazione dell'indicato articolo, ammettere veruna *distinzione* tanto nel caso in cui si tratti d'un affare commerciale, o meramente civile, quanto in quello in cui *sia stato un francese*, *attore*, *reo convenuto*, *o interventore in causa*; ma la legge niega indistintamente ogni potere esecutorio in Francia alle sentenze profferite dai tribunali stranieri. »

(Conseguenze del fin qui detto. Procedure formate in paese straniero).

211. Da tutto quello che si è detto risulta che, salvo l'esecuzione delle leggi politiche e dei trattati, coi quali è d'uopo regolarsi, se ve ne sono, la sentenza resa in paese straniero, deve dichiararsi esecutoria in Francia da un tribunal competente, e con piena cognizion di causa, se, sulla domanda di semplice esecuzione, il reo convenuto conchiude in merito. Ma le procedure e gli altri atti giuridici fatti in paese straniero, per preparar la sentenza emanata, dovran sempre conservare in Francia la loro efficacia. Ben si vede quanto sarebbe ingiusto di rigettar le pruove compilate sopra luogo, che non più, o che difficil-

mente almeno potrebbero procurarsi. Non è allora un deferire alla cosa giudicata altrove: ma è un ammettere per veri, fatti che debbono servir di guida ai magistrati nel decidere, e la certezza dei quali non può altrimenti stabilirsi. Si può vedere ciò che a questo proposito diceva il sig. Merlin nelle sue *Questions de droit tom. 8*, alla parola *Suppléant* (juge), pag. 681, sull'orme di Emerigon nel suo *Traité des assurances*, *chap. 4*, *sect. 8*.

(Eccezione relativa alle sentenze emanate dai consoli francesi in paese straniero.)

212. Ma tutto quello che finora si è detto non è in modo alcuno applicabile alle sentenze rese dai consoli della Monarchia francese in paesi stranieri. D' Hericourt ne dava la ragione, che anch' oggi è vera. Dopo di aver detto, *de la vente des immeubles*, *chap. 11*, *sect. 2*, *n.° 30*, che le sentenze emanate da giudici di una potenza straniera non producevano ipoteca sui beni situati in Francia, ei soggiugnea: « Il che non dee dirsi dei consoli della nazione nelle scale di Levante, o negli altri luoghi ove sono stabiliti; giacchè siccome questi ufficiali hanno le facoltà dal Re che li costituisce giudici, e siccome gli appelli dalle loro decisioni portansi alla conoscenza dei tribunali di Francia; così le sentenze ch' essi emanano producono ipoteca sui beni situati nel regno. Dicasi lo stesso delle sentenze pronunziate da' giudici francesi stabiliti in quella parte dell' America ch' è sotto la dominazione del Re. »

Qui non deve aversi riguardo al luogo ove l' atto è formato: ma alla capacità dell' ufficiale che n' è il ministro. Intorno allo stato de' consoli francesi e dei cancellieri stabiliti presso questi con-

soli ne' paesi stranieri, veggasi il *Reper. de jurisp.* alle parole *Consuls francais et Chanceliers des consuls de France dans les pays etrangers.*

(Delle sentenze emanate da arbitri in paese straniero.)

213. In ordine alle sentenze pronunziate da arbitri, in paese straniero, tra un francese ed un individuo di quel paese, i principj da me sviluppati intorno alle sentenze profferite dai tribunali stranieri, non le riguardano. È facile il ravvisar la differenza che passa fra giudici dai quali le parti non possono dispensarsi di essere giudicati, e giudici che sono stati scelti da esse. La verità di questa proposizione è così evidente che potrei fare a meno d' invocare in appoggio le autorità. Nondimeno, dirò che così giudicò la Corte reale di Parigi, con decisione del 16 dicembre 1809; Denevers *anno 1810, pag. 35, supp.* Io mi compiaccio ad esporre quel che diceva il signor Mourre, allora procurator generale di quella Corte: » Per le sentenze degli arbitri, il motivo che riguarda la facoltà di domandare la revisione della sentenza, non esiste. L' arbitro è scelto dalla parte: questa à conosciuti i di lui principj, i sentimenti di lui, ed il desiderio che à di fargli giustizia; essa vi si è determinata non perch' egli era della tale nazione o della tale altra, ma perchè essa lo à creduto giusto ed intelligente; essa à quindi voluto ricorrere non all' autorità, ma alla saviezza, e lo à essa medesima investito di poteri de' quali aveva bisogno. L' arbitramento è il mandato; la sentenza n' è la esecuzione. » Si conosce però che in simili casi, convien che la sentenza riceva da un tribunale di Francia la forza esecutoria, e l' efficacia d' imporre ipoteca.

(Modo di eseguire in Francia le sentenze pronunziate in paese straniero).

214. Bisogna discendere al modo di eseguire in Francia le sentenze pronunziate in paese straniero, contra i francesi o coloro che dimorano in Francia. Io esamino la controversia sotto un punto di veduta generale, vale a dire, facendo astrazione dall'efficacia che debbono avere queste sentenze sotto il rapporto delle obbligazioni che debbono risultarne, e del dritto che può esistere di farle rivedere. Dopo tutto quello che si è detto su questa materia, è agevol cosa il conoscere il motivo della proibizione di eseguirsi in Francia una sentenza emanata in paese straniero, senza il permesso dei giudici francesi, che per questa parte, esercitano il potere loro delegato dal Re ch'è la sorgente di ogni autorità.

Non sarà lecito di mettere in esecuzione, dice l'art. 545 ✳ 635 del Codice di procedura, alcuna sentenza ed alcun atto, se non hanno la stessa intitolazione delle leggi, e non sono chiusi con un mandato agli uffiziali di giustizia. Ora gli uffiziali di giustizia son tali relativamente al loro Re, ma non possono essere investiti di autorità da niun altro.

Sotto questo rapporto, il modo di eseguire le sentenze profferite da tribunali stranieri in Francia, vien prescritto dall'art. 546 ✳ 636 del Codice di procedura: ivi dicesi: « I giudicati profferiti da tribunali stranieri, e gli atti ricevuti dagli uffiziali stranieri, non saranno eseguibili nel regno, che nel modo, e nei casi preveduti negli art. 2123, e 2128 ✳ 2009, e 2014 del Codice civile. » Da questa disposizione deriva che la esecuzione delle sentenze rese in paese straniero, non deve permet-

tersi in Francia, se non quando l'esecuzione delle sentenze pronunziate in Francia vien permessa dal Monarca del paese straniero in cui le sentenze sono state pronunziate, e nel modo stesso come essa lo è. L' esecuzione, indipendentemente da ciò che può aver luogo per l' ipoteca e per la revisione delle sentenze, è sottoposta alla reciprocanza, a norma delle leggi politiche o dei trattati.

(Esempj di recipocranza stabiliti a questo riguardo.)

215. Citerò quì alcuni esempi di siffatta reciprocanza.

In seguito dei trattati conchiusi tra la Francia ed il Corpo elvetico, il 28 maggio 1777, e il tre *fructidor* anno 6 (24 agosto 1798) l'ipoteca vien conferita alle sentenze pronunziate in questi due Stati su i fondi che vi sono rispettivamente situati; e per l' esecuzione dei giudicati profferiti dai tribunali elvetici, essa dipende dalla semplice legalizzazione dell'inviato di Francia, talchè il permesso dei tribunali francesi non è nè permesso nè necessario.

Riguardo agli Stati del Re di Sardegna, le relazioni diplomatiche tra questi stati e la Francia, almeno perciò che concerne questa parte, sono tuttavia le stesse che furono stabilite con un trattato nel 24 marzo 1760, rivestito di *lettere-patenti* del 24 agosto seguente, e registrato al parlamento di Parigi, il 6 settembre. L' articolo che ne riferirò è estratto dalle spedizioni certificate, indipendentemente da ciò che si trova nelle opere di giurisprudenza. (1)

(1) Questa convenzione è riferita dal sig. Gaschon, avvocato in Parigi, nell' opera intitolata, *Code diplomatique des aubains*, opera infinitamente utile in questa materia.

Art. 22. » Affin di estendere la reciprocanza, che dee formare il nodo di questa corrispondenza, alle materie contrattuali e giudiziali, si è convenuto, 1.º che nel modo stesso nel quale le ipoteche stabilite in Francia con atti pubblici o giudiziali, sono ammesse nei tribunali di S. M. il Re di Sardegna, così si avrà pure lo stesso riguardo, nei tribunali di Francia, per le ipoteche che saran per l' avvenire costituite per mezzo di atti pubblici, ordinanze o sentenze, negli Stati di S. M. il Re di Sardegna; 2.º che affin di favorire l' esecuzione reciproca delle sentenze e decisioni, le Corti supreme deferiranno dall' una parte e dall' altra, a norma del dritto, alle requisitorie che saran loro dirette a quest' oggetto, anche a nome delle dette Corti; finalmente che per essere ammessi in giudizio i sudditi rispettivi, non saranno obbligati, d' ambe le parti, se non alle medesime cauzioni e formalità che si esigono da coloro della propria giurisdizione, secondo l' uso di ciascun tribunale. »

Ben si vede che l' ipoteca è reciproca nei due regni; e, in ordine al modo di eseguir le sentenze, esso à luogo tanto in Francia che in Sardegna, giusta le disposizioni di questo articolo, e secondo le forme che si vedranno nella nota. (1)

---

(1) Il francese che à ottenuta una decisione da una Corte reale di Francia, o anche una sentenza da uno dei tribunali nella cui giurisdizione egli ritrovasi, presenta a questa Corte, per mezzo di un patrocinatore, una petizione colla quale chiede che in forza dell' art. 22 del trattato del 24 marzo 1760 gli si accordino lettere *rogatorie* dirette alla Corte superiore di Sardegna, nella giurisdizione della quale domicilia colui ch' è stato condannato da una decisione o sentenza emanata in Francia, affin di ottenere il permesso da questa Corte superiore di

(Un semplice uso, od una legge soltanto locale non bastano per dare ai giudicati profferiti in paese straniero l'autorità della cosa giudicata.)

216. Può insorgere la controversia, se deve in Francia considerarsi come cosa giudicata le senten-

---

Sardegna di far fare tutte l'esecuzioni necessarie nella sua giurisdizione, onde costringere il debitore al pagamento dell'ammontar delle condanne pronunziate dal tribunale di Francia, tanto pel principale che per gli accessorj. La decisione o sentenza si unisce alla petizione.

Il primo presidente ordina di darsene comunicazione al procurator generale, sulle conclusioni del quale la Corte emana una decisione che si rilascia sulla minuta scritta in seguito della petizione e delle conclusioni. Con questa decisione la Corte ordina che le lettere *rogatorie* saranno intestate e saran dirette alla Corte superiore degli stati di Sardegna, nella cui giurisdizione domicilia il debitore, onde questa Corte faccia godere il petizionario del beneficio accordato dall'art. 22 del trattato dei 24. marzo 1760. e di permettere che venga messa in esecuzione, nella sua giurisdizione, la sentenza o la decisione.

Per effetto di questa decisione, munita del suggello della Corte, questa Corte medesima, dirige separatamente le sue lettere *rogatorie* alla Corte superiore degli stati di Sardegna, cui l'affare si appartiene. In esse è detto ch'ella prega questa Corte perchè permetta la notificazione e l'esecuzione della sentenza della quale si tratta, e ciò in tutta la sua giurisdizione, offrendo la detta Corte di Francia di far lo stesso, ed anche di più, al bisogno. (Per amor di esattezza ò usate le stesse espressioni che si usano in tale circostanza: esse sono di un antico stile delle Corti di giustizia di Francia e di quelle degli stati di Sardegna, e questo stile è tuttavia in uso.)

Le Corti superiori degli stati di Sardegna serbano la stessa condotta colle Corti reali di Francia. L'una di queste forme è stata modellata sull'altra, e ciò per convenzione. Questa pratica è conosciuta da moltissimo tempo: essa non à mai sperimentata alcuna difficoltà. Le ultime lettere *rogatorie* che io ò viste dirigere dalla Corte

ze e decisioni pronunziate in paese straniero ove, sia per effetto di una legge locale, sia per un uso particolare, ma senza convenzione tra monarca e monarca, si attribuisce questa autorità alle sentenze profferite dai tribunali francesi.

Il sig. Merlin. *Quest. de droit*, alla parola *Jugement.* § *15*, ragionevolmente è per l' opinione negativa; egli ne invoca a questo riguardo un' altra emessa dal saggio d' Hericourt, di cui cita l' espressioni, all' occasione di un' ipoteca disputata alla principessa di Carignano. Il che diede luogo a diverse decisioni riferite da molti antichi scrittori. Non vi è nulla di più giudizioso dell' opinione di d' Hericourt su questo particolare. Ciò ch' ei dice è così profondo, e così proprio a spander luce sulle controversie importanti della natura di quelle di cui si tratta, e che dipendono dal dritto pubblico, ch' io credo doverne trascrivere le parole alla fine di questo numero. Non vi è quindi su questa materia altra reciprocanza se non quella fondata sulle leggi politiche o sui trattati. È questa ancora la disposizione testuale degli articoli 2123 e 2128 ✳ 2009 e 2014 del Codice civile, ai quali si riferisce l' art. 546 ✳ 636 del Codice di procedura civile.

» Qualunque sien per essere gli usi del Piemonte, essi non possono influire nella controversia: basta che le nostre leggi non permettano l' ipoteca dei contratti stipulati in paese straniero.

---

reale di Riom al senato di Chambery, sulle mie conclusioni, eziandio procurator generale, sono del mese di novembre 1818.

Debbo qui far osservare che tanto le decisioni, quanto le ordinanze di cui qui sopra si è parlato, non sono soggette a registro.

Niuno ignora che l'ipoteca è un diritto reale che si regola colla legge del luogo in cui deve esercitarsi.

» Ma, dicesi, che diverrà mai il dritto di reciprocanza che deve aver luogo tra due regni vicini, se non si permette in Francia l'ipoteca dei contratti stipulati in Piemonte, mentre in Piemonte si accorda l'ipoteca ai contratti stipulati in Francia?

» Perchè questa difficoltà svanisca, basta spiegare cosa s'intende per reciprocanza, e quali ne sono i limiti.

» La regola della reciprocanza deriva dalla convenzione dei principi che ne fa la base: ma non se ne può dedurre alcuna conseguenza che offenda la indipendenza dei differenti sovrani.

» Il suo effetto si limita a ciò che chiamasi dritto di *rappresaglia*, cioè, a niegare ai piemontesi in Francia, quel che la legge di Piemonte denega ai francesi.

» Ma la regola di reciprocanza che si osserva tra le nazioni non può obbligare i magistrati francesi ad accordare ai piemontesi, contra le leggi del regno, tutt'i diritti che si accordano agli stranieri in Piemonte, ammenocchè i due principi non sieno convenuti della reciprocanza con un trattato conchiuso tra loro, come si è fatto per le ipoteche tra la Francia e la Lorena.

» Se fosse diversamente, un re cesserebbe di esser tale ne'suoi stati, quando sarebbe costretto ad accordare ai sudditi di un altro regno, che trovansi nel suo territorio, tutto quello che il re di quest'altro regno accorda agli stranieri.

» Vi sono anche molte nazioni che non conoscono il dritto di albinaggio: i sudditi di questi governi possono pretendere di non dovervi esser soggetti in Francia, ove questo dritto è in vigo-

re, perchè fra loro non si esercita riguardo agli stranieri? Così, un commercio è vietato in Francia, ma è permesso in un altro regno; sarà mai questa una ragione perchè i sudditi di questo altro regno vengano a farlo in Francia, ad onta delle nostre leggi?

» Siccome queste proibizioni sussistono in Francia, è questa una ragione perchè negli altri paesi si distinguano i francesi dagli stranieri, e che si nieghi loro il favore che noi in Francia deneghiamo agli stranieri. Ecco quel che si chiama dritto di rappresaglia, il quale deriva dalla regola della reciprocanza, il che non offende per nulla i dritti della monarchia di Francia.

» E' un affare di negoziazione tra i due re. Essi devono bilanciare i vantaggi che possono derivar loro dalla reciprocanza. Allorch' essi li trovano eguali fra i due popoli, essi lo stabiliscono fra i due regni, come si praticò nel trattato di Utrecht, affin di stabilire la reciprocanza della esenzione del dritto di albinaggio tra la Francia e l' Inghilterra. Ma quando un regno è più grande di un altro, essi comunemente lo stabiliscono tra l' uno dei due, ed una parte dell' altro regno proporzionata per la grandezza. (Così fu stipulata infatti col trattato del 21 gennajo 1718 tra la Francia e la Lorena, la reciprocanza d' ipoteca e di esecuzione dei contratti e sentenze, da una parte, per tutti gli stati del duca di Lorena, e dall'altra, per la generalità della provincia di Metz solamente.) La rappresaglia è di dritto. Ogni sovrano può esercitarla nel suo regno, come gli piace: ma la reciprocanza la quale si estende al dritto ed alla polizia di un altro regno, è figlia della convenzione e non può stabilirsi se non in forza di un trattato tra i due sovrani.

» Senza di ciò un piccolo stato potrebbe pro-

curarsi i vantaggi che più gli piacciono di avere in uno stato grande: esso non avrebbe che ad accordare ai sudditi di questo stato grande i dritti e i privilegi di cui vorrebbe che i suoi sudditi godessero in questo stato. »

(Quistioni nascenti dall'essersi riuniti alla Francia molti paesi stranieri.)

217. La riunione alla Francia di molti paesi stranieri à fatto nascere in questa materia importanti quistioni. Le difficoltà si son presentate sotto un doppio rapporto. Primieramente, vi erano state delle sentenze emanate in Francia, a favor dei francesi, contra persone appartenenti ai paesi recentemente riuniti alla Francia. Questi paesi, in ordine alle sentenze emanate in Francia, avevano prerogative simili a quelle dei francesi in ordine alle sentenze emanate contra di essi dai tribunali di questi medesimi paesi stranieri. Questi dritti reciproci eran forse cessati? e quando? e se poteva opporsi la confusione di questi dritti, a contar dall' epoca della riunione di un paese ad un altro siffatta confusione aveva effetto retroattivo, in modo da dare alle sentenze anteriori alla riunione, gli stessi dritti privilegi e prerogative, come se la riunione fosse già esistita al momento in cui le decisioni e le sentenze erano state interposte?

Secondariamente, dei giudicati erano stati profferiti contra francesi in paesi, anticamente stranieri alla Francia, e recentemente a questa uniti; tai giudicati erano stati profferiti a favore di cittadini di quei medesimi paesi stranieri. I dritti che vantar potrebbero i francesi, se si fossero estinti a contar dal tempo della riunione, esisterebbero nella loro pienezza pei titoli anteriori a questa riunione? Giova conoscere la giurisprudenza formata-

si relativamente a queste due quistioni, mentre le tracce di queste riunioni non si sono interamente cancellate, in quanto alle controversie che ne sono derivate, della natura di quelle delle quali si tratta.

Per progredire con più metodo, discuterò successivamente le due quistioni da me proposte.

(Delle sentenze emanate a favor dei francesi contra gli abitanti di paesi stranieri già riuniti alla Francia.)

218. In ordine alle sentenze pronunziate a favor di francesi contra abitanti di paesi stranieri poi riuniti alla Francia, la quistione è stata giudicata in massima da una decisione della Corte di Cassazione del 18 *thermidor* anno 12 (8 agosto 1804) che a' dato luogo ad un luminoso sviluppo de' principj relativi alla materia. Siffatta decisione è riferita da Denevers, *anno* 13 (1805), pag. 42. e con maggiore estensione dal signor Merlin nelle sue *Questions de droit*, alla parola, *Reunion*.

La causa era complicatissima di fatti. Io dirò quelli necessarj per intendere la decisione, e per la ragion medesima darò un ristretto delle osservazioni essenziali e dei motivi: La sig. Champagny, *francese*, si asseriva creditrice della famiglia Sely, di Liegi, in forza di due decisioni del parlamento di Parigi, del 1782, e 1783. Ella non potè ottenere l' esecuzione di queste due decisioni nello stato di Liegi, ad onta di molte procedure, che io ometto di riferire. L' inutilità di tali procedure dipendeva dai privilegi dei Liegesi, relativi all' esecuzione dei giudicati profferiti contra di essi in paese straniero. Ma nell' anno 7 (1799), dopo la riunione dello stato di Liegi alla Francia, la causa fu nuovamente tentata dagli eredi della sig. Champagny, davanti al tribunal civile del di-

partimento de l'Ourthe contra il signor Selys. In seguito delle opposizioni prodotte da questo, reclamando i privilegj de' Liegesi, il tribunale nel dì 14 *floreal* anno 8 (3 maggio 1800) emanò una sentenza, colla quale, senza arrestarsi alle conclusioni degli eredi Champagny che domandavano l'esecuzione delle due decisioni del parlamento di Parigi del 1782, e 1783, ordinò che le parti si fossero difese nel merito. È facil cosa il conoscere che questo tribunale fece dritto ai privilegj reclamati da' Liegesi, ed assoggettò a novella discussione, innanzi ad un tribunal competente, la cosa già giudicata in paese straniero.

La Corte di appello di Liegi, con decisione del 13 *floreal* anno 10 (3 maggio 1802), confermò questa sentenza. Non sarà inutile che se ne rapporti la dispositiva, come quella che contiene la conferma, giusta il dritto pubblico di Alemagna, non solo del dritto della nazione alemanna, ed espressamente di quei di Liegi, riguardo ai giudicati profferiti contro di essi, ma benanche del dritto dei francesi riguardo alle sentenze pronunziate contro di essi fuori di Francia.

« Attesocchè, dicesi in quella decisione, è principio di dritto pubblico e delle genti, che i giudicati di un paese straniero non sono esecutorj, ammenocchè non siasi derogato a questa regola, con trattato, o con una reciprocanza stabilita dall'uso; *che gli autori francesi e tedeschi affermano unanimamente la giurisprudenza di Francia e dello stato di Liegi essere conforme a questo principio*; che Liegi, come parte integrante dell'impero germanico, era nella giurisdizione de' tribunali superiori dell'impero, ne' cui attributi vi era pur quello di conservare i diritti e privilegi de' suoi membri, conformemente al grado ed alla preminenza del loro stato; che gli autori più ac-

creditati frai quali *Ludolf* e *Lauterback* attestano che la pratica dei supremi *dicasteri* dell' impero, *non ammetteva l' esecuzione de' giudicati profferiti in paese straniero*, SE NON DOPO UNA PIENA COGNIZIONE DELLA CAUSA; che quindi Selys aveva fatt' uso del suo dritto, proponendo innanzi ai tribunali di Liegi, le eccezioni di nullità opposte alla domanda di esecuzione delle due decisioni in controversia, e che *l' avvenimento che a' riuniti due popoli, non avendo recato il menomo pregiudizio ai dritti acquistati tra particolari, Selys à conservato il dritto di far giudicare la causa vertente fra le parti nello stato in cui si trovava.* »

Gli eredi di Champagny produssero ricorso per annullamento: essi opponevano mezzi attinti dal dritto delle genti, che non potevan reggere a fronte dei principj di dritto pubblico e politico di cui aveva fatto uso la Corte di appello di Liegi; essi fondavansi anche sopra antichi trattati, che credevano essersi stipulati tra i rispettivi monarchi dei due regni: ma l' applicazione n' era erronea. Essi invocavano un uso di reciprocanza tra lo stato di Liegi e la Francia, che non fu mai stabilito. Finalmente, in ordine al punto essenziale della loro causa, il quale consistea nel sapere quale effetto aver poteva sull' esecuzione delle decisioni del 1782 e 1783 pronunziate dal parlamento di Parigi, la riunione dei due paesi, posteriore alle decisioni, essi dicevano che queste decisioni dovevano essere eseguite nello stato di Liegi, almeno dopo la sua riunione al territorio francese. Per effetto di tale riunione, continuavano a dire, le due decisioni son divenute esecutorie di pieno dritto. L' ostacolo che ne aveva impedita l' esecuzione è stato rimosso. Non essendovi più alcuna differenza fra la dominazione francese e quella di

Liegi, *la giustizia dee riprendere il suo corso. come se non fosse stata mai sospesa.*

Il sig. Merlin, che diede le conclusioni, confermò i principj adottati dalla Corte di Liegi: ma modificò quello ch' era stato detto nella decisione di questa Corte con una differenza che consisteva in ciò, che in Francia i giudicati profferiti da' tribunali stranieri contra i francesi non potevano essere rivestiti di *pareatis*; ch'essi si riguardano come non esistenti; che le parti le quali gli hanno ottenuti non possono farne uso; ch' esse debbono cominciare con una nuova azione come se nulla fosse stato deciso nella giurisdizione straniera; laddove in Alemagna, il tribunale cui talun si dirige, con lettere *rogatorie*, per la esecuzione di una sentenza emanata in paese straniero, può permettere ch' essa venga effettivamente eseguita nella sua giurisdizione; nondimeno, esso nol può fare *se non dopo di aver conosciuta la giustizia e la regolarità di siffatta sentenza.* Ma come giustamente l' avverte il sig. Merlin, l' uno e l' altro modo di procedere ànno *neccessariamente il medesimo risultamento.*

Venendo alla quistione riguardante l' effetto che produr doveva la riunione de' due paesi, la quale consisteva nel conoscere se questa riunione aver doveva una retroattività, questo magistrato espose delle idee, su questa importante e delicata materia, di cui giova tanto più il penetrarsi, per quanto esse sono state adottate dalla decisione.

» Ma, diceva egli, per effetto della riunione dello stato di Liegi alla Francia, le decisioni di cui si tratta son divenute esecutorie di pieno dritto in quello stato, ovvero, in altri termini, la legge del 9 *vendémiaire* anno 4 (30 settembre 1796) che dichiarò tale riunione, può avere un effetto retroattivo? No. Accade per

questa legge, quello che accade per tutte le altre: essa non dispone che per l' avvenire; il passato non è nel suo dominio, e quindi non può occuparsene. Ora non sarebbe un farla retroagire sul passato, togliendo al sig. Selys il diritto ch' egli aveva acquistato prima della riunione, di non far cioè, eseguire nello stato di Liegi le decisioni emanate contro di lui precedentemente in Francia? E dicasi pur quanto si voglia ch' egli oggi è un francese, e che per ciò i suoi beni situati nello stato di Liegi, sono ora situati nella monarchia francese. Sì, certo, oggi egli è francese, ma egli lo è relativamente agli atti posteriori all' epoca in cui è stato rivestito di questa qualità; sì, certo, i suoi beni oggi sono situati nella monarchia francese, ma essi lo sono per gli effetti susseguenti a questa nuova posizione. Nel divenir francese, egli à conservate tutte le sue particolari proprietà, e le à conservate con tutt' i dritti che le accompagnavano al momento della riunione; egli le à conservate con tutte le azioni che allora gli appartenevano per reclamarle; egli le à conservate con tutte l' eccezioni che allora difendevanle dagli attacchi ai quali erano esposte: e fin d' allora, è chiaro ch' esse son rimaste al coperto da tutt' i tentativi che potevan prima farsi per togliergilele, in forza di decisioni del parlamento di Parigi. »

Colla decisione della Corte di cassazione il ricorso fu rigettato. In grazia della brevità, io mi limito a riferire il solo motivo che concerne la retroattività della riunione: « Considerando che la riunione posteriore (alle decisioni) dello stato di Liegi alla Francia, non à prodotto verun cangiamento ai dritti acquistati dai naturali di Liegi: *che questi sono stati riuniti con tutt' i loro dritti azioni ed eccezioni;* dal che risulta che la sentenza impugnata non contiene niuna violazion di legge. »

Io aggiungerò solo che contra Selys si era proposto un mezzo di annullamento, perchè le procedure, e alcune di esse che avevan dato luogo alle due decisioni del parlamento di Parigi, del 1782 e 1783, erano un fatto suo proprio o dei suoi autori. Ma la Corte di cassazione disse che ciò nulla influiva, nè metteva alcun ostacolo all' esercizio del privilegio. « Attesocchè, è detto nella decisione, la famiglia Selys, Liegese, obbligata a litigare in Francia, essendo attrice, e dimorando in Francia il suo debitore, non ha per questo contratta l' obbligazione di subire, a Liegi, sui suoi beni, e sulla sua persona, l' esecuzione delle sentenze pronunziate in Francia. » Nel che questa decisione è conforme all' altra decisione della stessa Corte da me riferita ne' numeri 207, 208, 209, e 210.

(Delle sentenze ottenute contra francesi dagli abitanti di un paese straniero, riuniti in seguito alla Francia).

219. Quanto ai giudicati ottenuti contra francesi, dagli abitanti di un paese straniero, riunito quindi alla Francia, il che presenta l' inversa della precedente quistione, per analogia si conosce che bisognerebbe decidere che, se non vi fosse stata reciprocanza stabilita tra la Francia ed il paese straniero posteriormente ad essa riunito, la riunione de' due stati si sarebbe fatta *con tutt' i loro dritti azioni ed eccezioni; ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Vi è, a questo proposito, una decisione della Corte di cassazione, del 21 novembre 1809, che sembra aver giudicato il contrario. Ma è importante di osservare ch' essa non decise la controversia in massima. Essa fu emanata per motivi particolari, che non derogano ai principj stabiliti dalle

decisioni precedentemente profferite. È utilissimo il conoscerla, tra perchè queste quistioni non sono ancora esaurite, e perchè la decisione in se medesima può guidar benanche all' applicazione dei principj generali della materia.

I fatti che avevan data origine alla causa, diedero luogo benanche ad una lunghissima discussione. La ragione si è che le parti non avevano idee troppo chiare dei mezzi ai quali la contestazione poteva limitarsi. Sarebbe una inutile lungherìa il rapportare tutta la discussione. L'oggetto essenziale ch'io mi propongo si è di darle dei giusti confini, e di presentar chiaramente quello ch'è stato giudicato, mentre per concepirlo vi è bisogno di qualche attenzione.

Il 23 gennajo 1806, il sig. *Montz* era stato spropriato di una casa sita a Parigi ad istanza del sig. Sellon d' Allamans, negoziante a Ginevra. Molti creditori iscritti concorsero alla graduazione, e specialmente il signor *Sellon*, ed i signori *Tourton* e *Ravel*, banchieri a Parigi. Eran questi creditori di Montz di considerevoli somme in virtù di sentenze del tribunale di commercio della Senna confermate da una decisione della Corte reale di Parigi. Importa di osservare che la data delle loro ipoteche era fissata al sette *thermidor* anno 7 (28 luglio 1799).

Importa anche di osservare che il titolo di credito del signor Sellon era un' obbligazione di 50, 000 franchi stipulata avanti notajo a Genevra, il 24 aprile 1792, e dippiù, ch' egli era creditore iscritto anteriormente ai signori Tourton e Ravel.

La riunione di Genevra alla Francia era seguita in vigor di trattato del 7 *floreal* anno 6 (28 aprile 1798), confermata da decreto del 20 dello stesso mese (19 maggio). Questo trattato di riu-

nione trovasi sotto la stessa data nel Bollettino delle leggi. Nelle narrative non si cita precisamente la data della iscrizione del signor Sellon, ma non può dubitarsi ch' essa fu presa dopo della riunione, e dopo della promulgazione della legge degli 11. *brumaire* anno 7 (2 novembre 1766), e sempre anteriormente a quella dei signori Tourton e Ravel.

Questi si opposero alla preferenza reclamata dal sig. Sellon, sostenendo che il suo atto di obbligo, essendo stato stipulato in paese straniero, non produceva ipoteca su i beni situati in Francia.

Molti furono i mezzi di difesa prodotti dal sig. Sellon. Tralascio quelli prodotti senz' alcun fondamento, com' era quello il quale consistea nel dire che questa obbligazione, sebben del 1792, doveva da quell' epoca produrre ipoteca di dritto sui beni situati in Francia, il che era contrario ai principj; o che se non fosse stata di dritto, avrebbe dovuto produrla, mentre tra i due stati eravi una reciprocanza stabilita il cui risultamento si era ch' egli aveva potuto prendere una iscrizione *de plano*, il che non era dimostrato. Vengo al mezzo più importante ch' ei produceva attingendolo dalle disposizioni degli articoli 1.° e 7.° del trattato di riunione del 7 *floreal* anno 6 (28 aprile 1798).

Art. 1.° « I genevrini, tanto quelli che abitano la città e il territorio di Genevra, quanto quelli che sono in Francia o altrove, son dichiarati *francesi nati.* »

Art. 7.° « Tutti gli atti pubblici, sien giudiziali, sien notariali, tutte le scritture private e i libri dei negozianti che hanno una data certa anteriormente alla ratificazione dei presenti, *avranno la loro forza, e produrranno tutto il loro effetto secondo le leggi di Genevra.* Le vendite giudiziali conosciute sotto al nome di subaste, che si

troveran cominciate prima dell' indicata ratificazione, saranno terminate a norma delle medesime leggi. Tutti questi atti e scritti non saran sottoposti a verun dritto risultante dalle leggi francesi, ec. »

Il sig. Sellon citava questi articoli e li citava nel senso che, dopo la riunione, i titoli i quali derivavano dalle autorità di Genevra, sia qualunque la loro data, dovevano sortire il loro effetto sui beni situati in Francia, a contar dalla loro data e non da quella della riunione. A parer suo, risulta da questi articoli, che gli atti pubblici fatti a Genevra prima della riunione son divenuti *autentici* in tutta la Francia dal momento della ratificazione de' trattati di riunione; ch' essi vi producono gli stessi effetti ch' avrebbero prodotti a Genevra, e che, reciprocamente, gli atti pubblici fatti in Francia prima della riunione, sia qualunque la loro data, debbono produrre dopo la riunione, nel tenimento genevrino, i medesimi effetti che la legge accordava loro nel tenimento francese.

Questa assertiva, presentata con questa generalità d' idee, incontrava grandissime difficoltà. Il sig. Sellon, avrebbe potuto, senza offendere il suo interesse, dir solo che gli atti stipulati a Genevra dovevano avere il loro effetto, in quanto all' ipoteca, almeno a contar dal dì della riunione, come se questi atti fossero stati stipulati prima di siffatta riunione; laddove, nel modo com' egli si espresse, sembrava dare alla riunione un effetto retroattivo al vigore degli atti anche sotto al rapporto dell' autenticità a contar dalla data degli stessi titoli. Per ciò che riguarda la restrizione dell' effetto dei titoli al dì della riunione solamente, egli conservava tutt' i suoi vantaggi mentre tutt' i suoi titoli erano anteriori a quelli dei signori Tour-

Digitized by Google

ton e Ravel essendo i titoli di questi posteriori alla data della riunione, e posteriori egualmente le iscrizioni prese; mentre quella del signor Sellon era stata presa dopo della riunione, ma prima di quelle dei signori Tourton e Ravel. Egli conservava benanche tutt' i suoi vantaggi, per la ragione che, in forza dell' atto del 1792, il sig. Montz aveva obbligati *tutt' i suoi beni*, il che, giusta le leggi di Genevra, conformi alle leggi romane e francesi tranne alcune provincie, produceva di dritto ipoteca, generalmente, su tutt' i beni del debitore. Questa ipoteca aveva luogo senza una precisa stipulazione; essa diveniva, per solo ministero della legge, un accessorio della obbligazione.

La causa essendosi portata alla conoscenza del tribunale civile della Senna, innanzi al quale la graduazione fu aperta, questo tribunale riconobbe che gli atti stipulati in paese straniero, non producevano ipoteca in Francia, e che la reciprocanza di cui il sig. Sellon si prevaleva, non era punto stabilita. Ma credè che per effetto della riunione di Genevra alla Francia gli atti e le sentenze stipulati e proferite a Ginevra, erano stati investiti della medesima forza esecutiva ch' esisteva in Francia, anteriormente alla riunione: che tal' era il senso e lo spirito dell' art. 7 del trattato del 7 *floreal* anno 6 (28 aprile 1798), e che quindi l' iscrizione presa dal sig. Sellon, dopo la pubblicazione fatta nello stato genevrino delle leggi sul sistema ipotecario, in forza di un atto di obbligo avanti notajo. stipulato a Genevra, prima della riunione, doveva produrre il suo effetto in tutta la Francia. Questo tribunale ordinò, in conseguenza, con sua sentenza del 30 agosto 1806, che il sig. Sellon, pel credito contenuto in questo atto, sarebbe collocato *colla data* del 7 *floreal* anno 6 (28 aprile 1798), epoca della riunione di Genevra alla Francia.

Vi fu appello avverso questa sentenza, e la Corte reale di Parigi opinò che la riunione di Genevra alla Francia non aveva in nulla alterata la iscrizione de' genevrini pel tempo anteriore, ch'essa aveva comunicati loro tutt' i dritti di cittadini francesi *per l' avvenire*, ma che pel *passato*, essa aveva lasciato sussistere, in tutto, l'antico stato di cose senza nulla aggiugnervi, e che questo era quello ch' aveva voluto l' art. 7 del trattato di riunione sanzionato dal decreto del 28 *floreal* (19 maggio). Laonde questa Corte, con decisione del 4 agosto 1807, annullò la sentenza de' primi giudici, e dichiarò nulla ed inefficace l' iscrizione presa dal sig. Sellon in forza dell' atto stipulato a Genevra.

Si scorge che, giusta questa decisione, la controversia relativa alla interpretazione del trattato di riunione, non era stata molto approfondita. Dovevasi esaminare se risultava da questo trattato che i titoli stipulati a Genevra, prima della riunione, dovessero considerarsi come autentici: e se conferita una volta quest' autenticità, doveva essa avere effetto almeno dalla data della riunione, o se in quest'ordine di cose doveva ravvisarsi una retroattività.

Si ricorse contra questa decisione, che, dopo una lunga discussione nella camera del consiglio, fu annullata. Io darò un' idea sufficientemente estesa della decisione della Corte di cassazione col riferirne alcuni motivi soltanto.

« Considerando che per la conservazione delle ipoteche preesistenti, e specialmente delle ipoteche generali su i beni presenti e futuri del debitore, nei luoghi in cui le antiche leggi le ammettevano, gli articoli 37, 38, 43 della legge di *brumaire* (novembre) non han voluto che la loro iscrizione nelle forme, e nei termini da essi prescritti; — Che in forza dell' atto notariale stipulato a Genevra, il 24 agosto 1792, *Montz* à promesso di re-

sitiuire a Sellon la somma di 50,000 fr. *coll' obbligo de' suoi beni*; — Che questa clausola conferiva al creditore l' ipoteca generale su tutt' i beni presenti e futuri del debitore, a termini della penultima legge del Codice, *quae res pignori obligentur;* — Che se l' atto stipulato a Genevra, e la stipulazione che contiene, lecita e valida in se, era inefficace ed incompleta per produrre un' ipoteca sui beni presenti e futuri del debitore situati nell' antica Francia, *poichè l' atto non aveva ancora, relativamente a questi beni, il carattere di autenticità necessario per produrre questo effetto; quest' ostacolo è cessato dal momento in cui l'atto in quistione à dovuto considerarsi come autentico in Francia, sia per effetto della riunione della repubblica di Genevra alla Francia, sia in vigor degli articoli 1. e 7 del trattato di riunione*; — *Che interpetrando a questo modo gli articoli, non è un farli retroagire in pregiudizio dei dritti anteriormente acquistati dai convenuti* (*Tourton e Ravel*), *poichè i loro titoli sono posteriori alla riunione*; — *Che questa intepretrazione* non tende ad alterar la convenzione delle parti, nè a darle maggiore estensione; *poichè l'atto stipulato a Genevra produceva ipoteca sui beni presenti e futuri del debitore*; — Dal che siegue che decidendo, l' atto del 24 aprile 1792 non aver potuta conferire ipoteca sulla casa situata a Parigi, *a contar dal trattato di riunione de' due stati, e quindi l' attore* (*Sellon*) *non aver potuto prendere iscrizione*, la decisione denunziata à violati gli articoli 1. e 7. del trattato, e quindi gli articoli 37, 38, e 43, della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799). »

Ben si ravvisa che questa decisione fu basata unicamente sull'esistenza del trattato di riunione del 7 *floreal* anno 6(28 aprile 1798), e sulla interpetrazione da dar-

glisi. Talchè può dirsi che se poteva farsi astrazione da questo trattato e dalla sua interpetrazione, la decisione della Corte di cassazione sarebbe stata simile alla decisione del 18 *thermidor* anno 12 (agosto 1804), pronunziata fra una famiglia francese ed una di Liegi ; e i motivi della decisione del 21 novembre 1809, coi quali, fu fatta un' eccezione ai principj precedentemente stabiliti, in forza di particolari circostanze, formano una nuova conferma di questo principio. Devo osservare che la Corte di appello di Rouen, alla quale dalla Corte di cassazione fu rinviata la causa, emanò una decisione nello stesso senso, il 28 giugno 1810. *Denevers anno 1809, pag. 518, ed anno 1810. pag, 141 al supp.*

Ma convien riflettere ch' è possibile, che cause della natura di quelle di cui si tratta in questo numero e nel precedente, presentino delle circostanze capaci dell' applicazione della decisione della Corte di cassazione, del 19 aprile 1819, di cui ho fatta menzione nel num. 208 ; quale decisione à modificata la giurisprudenza ch' erasi prima formata. In questo caso converrebbe combinare le conseguenze di tale decisione colla specie diversa delle cause che potrebbero insorgere ed alle quali dovrebbe farsene l' applicazione (1).

---

(1) Se si bramassero conoscere le diverse epoche in cui i paesi stranieri furono riuniti alla Francia, e quelle della promulgazione delle leggi francesi fattavi, il che farebbe conoscere in qual giorno la legislazione francese, e specialmente il sistema ipotecario, fu ivi messo in vigore, potrebbe riscontrarsi a questo proposito il *Traité des privileges et hypotheques*, del sig. Favard, *tit.* 3, *pag.* 292. ove si troveranno nozioni molto utili.

(La separazione politica dei paesi già riuniti alla Francia non deroga alle ipoteche acquistate durante la riunione.)

220. Dal fin qui detto risulta, che le ipoteche le quali, durante il tempo della riunione del paese straniero alla Francia, sono state acquistate e conservate su i beni rispettivi dei due stati, debbono avere tutta la loro efficacia anche dopo la separazione politica dei due paesi. Una volta che l' ipoteca si è acquistata per opera della legge, non può più venir distrutta da un fatto posteriore indipendente dalla volontà delle parti interessate. Ciò ch' è stato operato dalla riunione, non può essere distrutto dalla separazione. Si è di già visto, giusta il principio generale, che la riunione non può avere effetto retroattivo; e si vede benanche che la separazione non deve averne neppure. La giustizia e l' interesse generale dei sudditi de' due stati, che furon prima riuniti e poi separati, esigono specialmente l' applicazione del principio, che allontanano le retroattività, sempre odiose.

(Quistioni ch' emergono da ciò che si è detto)

221. Intorno ad una quistione, analoga a quella ch' io ò trattata, e che dipende dai medesimi principj, si trova presso Sirey, *tom. 18, 2. par., pag. 172*, una decisione emanata dalla Corte reale di Parigi del 29 marzo 1817 che non è senza difficoltà. Questa decisione fra la duchessa di Montemart, e il marchese di Croza, à giudicato che una decisione profferita fra esse dalla Corte di appello di Genova, il 20 luglio 1812, con cui si conferma una sentenza del tribunale di prima istanza della stessa città, degli 11 giugno 1804, doveva considerarsi come intervenuta in un paese

assolutamente straniero alla Francia, quantunque, all' epoca de' 20 luglio 1812 la città di Genova ed il suo territorio si trovassero riuniti alla Francia, e quantunque la Corte reale di questa città fosse allora Corte francese, come tutte le altre. Quindi la decisione della Corte reale di Parigi, annullando la sentenza del tribunale di prima istanza della Senna, assolve la duchessa di Montemart dalle condanne contra di essa pronunziate; rigetta la domanda del marchese di Croza diretta a proseguir le incominciate procedure, salvo alla stessa il dritto d' intraprendere il giudizio, con un' azione novella innanzi al tribunal francese competente. Le più grandi difficoltà insorgono a causa di questa decisione, la quale dice, che per la riunione del Genovesato al Piemonte, la Corte di Genova, è divenuta, rapporto alla Francia, un tribunale straniero, le cui sentenze non possono già eseguirsi se non per l' autorità dell' attual principe e solo sulle terre del suo dominio; che il sistema del marchese di Croza, che spingeva la esecuzione della decisione, tendeva a rovesciare interamente il principio della indipendenza delle nazioni e del loro territorio.

È vero che dopo della decisione della Corte di appello di Genova, del 20 luglio 1812, la Liguria divenne straniera alla Francia, dacchè fu riunita al Piemonte: ma essa non lo era ai 20 luglio 1812; donde par che risulti esser quella l' epoca che dee riguardarsi per potersi determinare. Allora la Liguria faceva parte integrale della Francia; i liguri eran francesi, come i sudditi dell' antica Francia, senza arrestarsi, per la controversia di cui si tratta, ai mezzi in forza dei quali la riunione della Liguria alla Francia erasi operata, mezzi che qui possono non mettersi a calcolo. I genovesi ed i francesi eran sottoposti allo stesso

governo, alle stesse leggi. Puffendorf, *droit de la nature et des gens*, traduzione di Barbeirac, *liv. 7, chap. 5, § 17*, dice che « *quando un regno divien provincia di un altro, tutti e due non ne formano che un solo.* Potrebbe da ciò conchiudersi che le decisioni pronunziate dalla Corte di Genova, in quell' epoca, sia tra genovesi, sia tra francesi, debbono obbligarli tutti indistintamente, e che se si volessero ritrattare queste decisioni, nel modo stesso di quelle pronunziate oggi in paesi stranieri, rispettivamente alla Francia, sarebbe questo un dare alla riunione della Liguria al Piemonte una vera forza retroattiva; sarebbe questo un distruggere l' autorità della cosa giudicata, e scuotere le fortune de' privati che in buona fede han commesse le loro contestazioni a tribunali, la competenza dei quali non poteva allora esser materia di disputa.

La duchessa di Montemart opponeva che la revisione della decisione doveva aver luogo, come se si fosse trattato di una decisione profferita attualmente in paese straniero, e ciò perchè la sentenza confermata era del 1804, vale a dire, anteriore alla riunione della Liguria alla Francia. Ma questa circostanza sembrava indifferente, dapoicchè il dritto acquistato risultava dalla decisione del 20 luglio 1812: ond' è che nella decisione della Corte reale di Parigi non si vede messo innanzi questo motivo. Dicevasi, che tutte le decisioni ed atti dei paesi stranieri, non potevano mettersi in esecuzione in Francia se non coll' autorità e in nome del Re. Nulla di più vero di questa dottrina che tutt' i francesi si recheranno a gloria di professare. Ma, com' è stato detto nella sentenza del tribunale civile della Senna, l' ordine dato agli agenti diretti dell' esecuzione non può esser portato alla conoscenza dei tribunali se non per la

contestazione che si eleva circa i mezzi di esecuzione, e non già per la conoscenza del merito della cosa giudicata.

Importa però moltissimo di osservare che, nella specie in quistione, la signora di Montemart si faceva scudo di una decisione della Corte di cassazione del 18 giugno 1815, profferita sul suo ricorso avverso la decisione della Corte di Genova, del 20 luglio 1812, e che la Corte di cassazione aveva rigettato il suo ricorso, dicendo: « attesocchè il Genovesato era ormai straniero alla Francia. » Se la decisione della Corte di Genova, dicevasi per parte della duchessa di Montemart, è stata messa dalla Corte di cassazione, fuori delle attribuzioni della giurisdizione francese, non può dunque essere eseguita nella estensione di questa giurisdizione.

Ma che può dedursi da questa circostanza? Null'altro se non che dalla quistione principale ch' io tratto, ne sorge una incidentale ch' è veramente spinosa e delicata. Quando vi sono delle decisioni pronunciate da corti di paesi ch' eran prima incorporati alla Francia, e che àn finito di esserlo, contra le quali pendono ricorsi per annullamento senz' essersi peranco discussi, si vuol sapere come questi ricorsi debbono essere decisi. Questa certamente è una grave difficoltà, e tale, potrebbe dirsi, da non poter essere risoluta se non da una legge. Bisogna convenir benanche che questa difficoltà era capace di sospendere la decisione sulla domanda del marchese Croza. Ma questa non è la quistione di cui mi occupo. Supponiamo che delle sentenze o decisioni profferite da tribunali prima uniti alla Francia e poi da questa separati abbian fatto passaggio in cosa giudicata, e che non possan impugnarsi per aver fatti trascorrere i termini dell' appello o del ricorso, in questo caso tali sentenze o deci-

sioni debbono o no considerarsi, nello stato attuale, come se fossero state profferite da tribunali stranieri? Ora, la Corte reale di Parigi à deciso per l'affermativa, e può facilmente congetturarsi che la decisione della corte di cassazione, del 18 giugno 1815, sia stata emanata nel medesimo spirito. Ma questo è quel che non è certo, essendosi la quistione ridotta nei termini in cui io l'ho esposta. Si vede che la difficoltà può presentarsi in ordine a decisioni pronunziate da altre Corti che sono state per la Francia quello ch'è stata la Corte di Genova.

(Riflessioni morali e politiche sulla legislazione relativa all'esecuzione in Francia dei giudicati profferiti in paese straniero tra un abitatore di questo paese ed un francese.)

222. La legislazione relativa al modo di eseguire in Francia giudicati pronunziati in paese straniero tra un abitatore di questo paese ed un francese, mi è sembrata capace di utili riflessioni. Io ho già promesso di farle in questo luogo affin di non interrompere la esposizione da me fatta dei progressi della giurisprudenza su questa materia. Del resto queste riflessioni riguardan meno i magistrati ed i giureconsulti che il legislatore.

Le diversità che si osservano nella nostra legislazione a questo proposito, e di cui ò presentato come una specie di quadro, bastano da loro sole a dimostrare che non si è nel buon sentiero. Il continuo variare mostra il desiderio di volere star meglio. La disposizione dell'art. 121 dell'ordinanza del 1629, con cui accordavasi ai soli francesi la facoltà di far rivedere la sentenza, non essendo concepita che nello spirito di favorir l'interesse nazionale, offendeva le prime regole della giustizia. Quando si è trattato di riformar questa legislazione, il che si è voluto fare coll'art. 2123 ✳ 2009

del Codice civile, due soli partiti si offrivano. L'uno era quello della stabilità assoluta ed indefinita delle sentenze profferite in paese straniero, tra un francese ed un cittadino di quel paese: l'altro quello della reciproca facoltà di domandare la revisione di questa sentenza. Può dirsi con fondamento, giusta la decisione della Corte di cassazione, del 19 aprile 1819, da me riferita nel num. 208, che precisamente questo sistema di reciprocanza è stato quello che ha adottato il Codice civile. È vero che si è voluto far dipendere dalle leggi politiche e dai trattati. Ma questo partito, ch' è come un mezzo-termine fra i due di cui ò fatto menzione, è veramente ipotetico, giacchè è possibile che non vi sieno nè leggi politiche, nè trattati. L' attuale legislazione adunque si è, che convien seguire la reciprocanza stabilita tra governo e governo, dalle leggi politiche o dai trattati, e ove non ve ne sia, la facoltà di chiedere la revisione della sentenza in Francia, è comune così allo straniero che al francese.

È impossibile di non ravvisare, nell' una e nell' altra delle due ultime misure, inconvenienti gravissimi. Circa la prima, ch' è quella della reciprocanza dei dritti politici accordata, tra governo e governo, ai sudditi di ciascuna potenza, l' esperienza insegna che lo studio e la conoscenza delle leggi politiche e dei trattati offrono un campo pieno di spine che forma la disperazione anche de' più esperti conoscitori di tali materie. Questi trattati s' intrecciano, e s' isteriliscono con condizioni e riserbe che non è sempre agevol cosa di valutare e di conoscere.

Circa la seconda misura, ch' è quella della facoltà reciproca accordata ai francesi ed agli stranieri che han litigato, di reclamar la revisione della sentenza in Francia, quando non vi sono leggi

politiche o trattati con cui regolarsi, è facile di conoscere a quali inconvenienti essa apra il varco. La circostanza di un francese ch' è costretto di esercitare in paese straniero un' azione contra un cittadino di quel paese medesimo, è penosissima. Egli agisce coll' idea che le cure da lui prese, e gli sforzi fatti per esporre e sostenere i suoi dritti saran sempre sterili, sia qualunque il risultamento della sua azione, relativamente ai beni posseduti in Francia dal suo avversario. Ed ecco una instabilità di sentenze che produr deve un sovvertimento dei processi, sovente interminabili, per la difficoltà di procurarsi in un paese le prove acquistate in un altro. Tutti quest' inconvenienti richiamar debbono l' attenzione del governo.

È naturale il desiderare una legislazione che facesse sparire il sistema della reciprocanza nell'osservare le leggi politiche e i trattati, e quello della facoltà reciproca di adire i tribunali di Francia per la revisione della sentenza; una legislazione che producesse la perfetta stabilità ed irrevocabilità delle sentenze proferite in paese straniero, considerate almeno come obbligazioni. Per verità, si conosce che, relativamente all' ipoteca ed alla forza esecutiva in Francia, vi sarebber delle misure da prendere, e ben si conosce quanto, sotto questo rapporto, tali misure diverrebbero semplici, e quanto sarebbero ristrette nei loro effetti e nella loro esecuzione. La forza della cosa giudicata sussisterebbe sempre. Adottare il partito da me ora indicato sarebbe un calcar le vie della morale, della politica e del dritto pubblico.

E primieramente non si debbono vedere sotto allo stesso punto di vista le decisioni dei tribunali stranieri, e gli atti ch' emanano direttamente da una potenza straniera. L' esecuzione di ordini, ovvero atti di autorità arbitraria per parte di un Sovrano

sopra di un territorio sottoposto ad un altro Sovrano, e contra la volontà di questo secondo, sarebbe intollerabil cosa, e dovrebbe quindi respingersi con tutt' i mezzi che sono a disposizione di questo Sovrano. Ma le decisioni dei tribunali stranieri, legalmente istituiti, regolarmente pronunziate, hanno un carattere ben diverso agli occhi degli altri Sovrani delle altre nazioni. Un magistrato che portava la parola in una delle decisioni da me citate, diceva giudiziosamente: « Per quanto la politica varia da uno stato all' altro, per altrettanto la giustizia è immutabile. Questa non propone altr' oggetto da per ogni dove se non lo stabilimento dell' ordine, il rispetto delle convenzioni, la repression della frode ed il rendere a ciascuno ciò che gli appartiene. Laddove la politica non consulta che l' interesse, la giustizia non ammette nella sua bilancia se non quello che viene approvato dalla ragione. La misura della differenza ch' esiste tra l' una e l' altra è tutta la profondità dell' abbisso che separa la *forza* dalla *giustizia*. È dunque nella natura delle cose che l' autorità assoluta provochi una certa ripugnanza, mentre la giustizia si concilia da per ogni dove il rispetto e la sommissione. Ed ecco perchè gli atti di autorità di una potenza non sono tollerati nel dominio di un' altra potenza, laddove le opere della giustizia, segnate coll' impronta della saggezza, percorrono la terra senza incontrar mai ostacoli. »

D'altronde, tutte le persone non sono esse forse egualmente soggette ai tribunali stabiliti nei paesi ov' esse riseggono? Può quì rammentarsi il principio insegnato da Loiseau, *Traité des seigneuries souverains*, *chap. 2*, *num. 40.*: « Il suddito naturale di un sovrano, dice questo autore, andando a risedere altrove non può esser più giu-

dicato da lui, poichè la giustizia e le regalie sieguono il territorio *ed il domicilio delle persone.* » Questo principio viene adottato da de Real, *Science du gouvernement, tom. 5, pag 164.* Grozio, *Droit de la guerre e de la paix*, traduzione di Barbeyrac, *liv. 2, chap. 11, § 4, n.º 4*, dice che i regolamenti che dipendono dalle leggi civili di un paese, han vigore anche negli affari che si fanno *tra uno straniero ed un cittadino*, mentre chiunque tratta nelle terre di un altro stato, è tenuto, *come suddito temporaneo di questo stato*, di sottomettersi alle leggi del paese. Ma ciò ch' è più rimarchevole si è, che questi principj vengono confermati da Montesquieu, *Esprit des Lois, liv. 22, chap. 21*, ov' egli spiega ciò che dipende dalle leggi politiche e ciò che dipende dal dritto delle genti. » Le leggi politiche, dice questo illustre pubblicista, vogliono che ogni uomo sia sottoposto ai tribunali criminali e *civili del paese nel quale dimora*, ed alle correzioni del Sovrano. « Il timore che, sopraggiungendo uno stato di guerra tra la Francia e la potenza presso i tribunali della quale un francese sarebbe costretto a litigare, non producesse passioni nocive all'amministrazione della giustizia, che à per base principale la imparzialità, questo timore, io dico, più chimerico che reale, non può giustificare uno stato di cose, il cui sicuro effetto è quello di eternar la lite che un francese aver può con uno straniero. La guerra di nazione a nazione altera di rado l'imparzialità dei veri magistrati, e degli uomini onesti, quando si tratta di pronunziare sopra controversie che si agitano tra sudditi delle potenze belligeranti. Gli stessi Sovrani ànno dati luminosi esempj, allorchè gl' interessi del tesoro pubblico collidevansi cogl' interessi privati de' sudditi di quelle potenze colle quali erano in guerra.

Chè gli stranieri non possan raccogliere in Francia l'eredità de' loro parenti, o quello ch'è stato disposto con testamento o con donazione, se non quando, giusta i trattati politici tra governo e governo, il francese che si trovasse nella stessa circostanza godesse i vantaggi medesimi nel paese straniero, ciò è regolare. Trattasi di *dritti civili* molto più importanti d'interessi meramente personali; si tratta dell'interesse dello stato del quale la politica dee particolarmente aver cura. Uno stato il quale permettesse che gli stranieri si arricchissero coi beni e capitali tolti dal suo seno, e trasportati, sia in natura, sia in valori nel paese straniero, soffrirebbe un evidente pregiudizio, se reciprocamente, i suoi cittadini non godessero, trovandosi nelle stesse circostanze, un eguale vantaggio nel paese dello straniero che si presenterebbe per raccogliere, sia l'eredità, sia altro a titolo gratuito.

Ma questi principj possono applicarsi al caso in cui si tratta della stabilità delle sentenze profferite in paese straniero tra un abitante di questi paesi ed un francese? Vi sono forse gli stessi motivi? Non è questo un diverso ordine di cose?

(Riduzione dell' ipoteca giudiziale.)

223. Per seguir l'ordine propostomi, di spiegarmi, cioè, sulla riduzione di ciascuna ipoteca dopo aver trattato di esse, io ora debbo dir qualche cosa sulla riduzione dell'ipoteca giudiziaria.

La riduzione può esser chiesta dal debitore: tal'è il risultamento dell'art. 2161 ✳ 2055 del Codice civile. Questo articolo accorda questo dritto ogni qual volta il creditore abbia la facoltà di prendere iscrizione sui beni presenti e futuri del debitore, senza che alcun patto abbia limitato tal

dritto. Ora siffatta facoltà è inerente all'ipoteca giudiziale. Gli articoli seguenti prescrivono le forme da praticarsi pea fare ordinare la riduzione, come per tutti gli altri casi in cui essa deve aver luogo.

Ma può domandarsi la riduzione per le ipoteche giudiziali antiche? La negativa è certa. Nel numero 189, io ò detto che la riduzione non potrebbe essere reclamata relativamente alle antiche ipoteche convenzionali, le quali eran generali; e vi è motivo di dir la cosa medesima riguardo alle ipoteche giudiziali. La sentenza stabilisce in favor del creditore lo stesso dritto nascente dalla convenzione. L'ipoteca, in quanto ai suoi effetti, siegue la legislazione nella quale essa viene stabilita.

CAPITOLO III.

Delle ipoteche legali.

(Definizione delle ipoteche legali. Idee generali sui casi in cui esse hanno luogo.)

224. L'art. 2117 ✳ 2003 del Codice civile dice che l'ipoteca legale è quella che deriva dalla legge. Donde si tira la conseguenza di non esser necessaria la stipulazione o la sentenza di condanna per far ch' esista l'ipoteca tacita o legale. Neguzanzio, *de pign. et hypot. 1. memb., 2. par., n. 1.* ne ha data un' esatta definizione. *Et primo premitte quod tacita hypotheca dicitur illa, quae est introducta ex dispositione legis, seu statuti, a partibus non expressa.*

Vi sono sensibili differenze tra la legislazione antica e la nuova in ordine alle ipoteche legali. Questa differenza à origine dalla pubblicità dell' ipoteca. L' interesse dei terzi richiedendo siffatta pubblicità, che per questa parte è divenuta d' un in-

teresse pubblico, bisognava restringere, il più ch' era possibile i casi in cui non occorre di render pubblica l' ipoteca. Quindi, sotto l' impero dell'antica legislazione l' ipoteca legale esisteva non solo in favor delle donne maritate sui beni de' loro mariti, dei minori e degl' interdetti sui beni de' loro tutori e curatori tenuti a render conto, ma benanche in favore dei legatarj sui beni del defunto, e dei condividenti per pareggiamento delle porzioni ereditarie. La stessa ipoteca legale si accordava ancora contro a certi amministratori contabili, e contro ad uffiziali rivestiti di pubblici impieghi, per la sicurezza delle parti interessate, a motivo delle colpe o prevaricazioni commesse nell' esercizio della loro carica. Essa ammettevasi per danni ed interessi risultanti da colpe o delitti. Può vedersi l' enumerazione di tutt' i casi in cui questa specie d'ipoteca avea luogo nel *Traité de la vente des immeubles* di d' Hericourt, *chap. 11, sect. 2, num. 19 a 28.* Basnage ne ha parlato in molti luoghi. Il dritto romano ammetteva puranche l' ipoteca tacita o legale in molti altri casi particolari; ma le sue disposizioni a questo riguardo seguivansi solo in quelle parti nelle quali le leggi e le consuetudini erano conformi, o intorno alle quali vi era una costante giurisprudenza delle Corti. Avrò occasione di parlarne in prosieguo.

Non è già che la presente nostra legislazione non abbia ammesse alcune di queste ipoteche legali, come per esempio quelle relative ai legati ed ai pareggiamenti delle porzioni ereditarie. Ma giusta gli art. 2109. 2111 ✳ 1995 e 1997 del Codice civile, i dritti relativi a questi due oggetti son piuttosto privilegj che ipoteche legali. Vi è diversità nell' origine dei dritti e nelle regole colle quali debbonsi conservare. Ne parlerò nel capitolo dei privilegj. Il tesoro pubblico a tutt' insieme pri-

vilegj ed ipoteche legali. Si scorge che ogni cosa dev' essere trattata al suo luogo.

Vi era pure un' ipoteca legale in favor degli assenti contra gli amministratori de' loro beni. Questa giurisprudenza era stata benanche ammessa, ed avea ricevuta forza di legge dall' art. 21 della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799). Ma nella nuova legislazione questa ipoteca legale è sparita. La ragione si trova nella differenza dell' attuale legislazione rispetto all' antica. Se si combinano molti articoli del Codice civile riguardanti l' *assenza*, e specialmente gli articoli 120, 125 e 127 * 126, 131, 133, si vedrà che la legge, stabilendo nei diversi casi la necessità di dar cauzione à provveduto abbastanza alla sicurezza delle restituzioni che dovrebbero esser fatte agli assenti. D' altronde queste restituzioni sono spesse subordinate a condizioni, che avvenendo fanno sparire l' obbligo di restituire. Infine importa moltissimo di restringere il numero delle ipoteche legali. Non è inutile di osservare che il dritto romano dal qual emanano le ipoteche tacite o legali, metteva una differenza in ordine ai privilegj tra gli assenti, come pure tra quelli che trovavansi prigionieri di guerra presso il nemico, e i minori e gl' interdetti. Può per questo riscontrarsi la legge 22, *ff.*, *de reb. auct.*, *jud. poss.*

Se ben si osserva lo spirito della nostra legislazione sulle ipoteche legali, si conoscerà che questa specie d' ipoteca non è stata propriamente ammessa se non per le gestioni ed amministrazioni, tenute a render conto e la cui esistenza diveniva necessaria, per l' interesse della società. Tutto il resto à piuttosto il carattere di crediti non ordinarj, i quali, secondo il maggiore o minore interesse che meritavano, ànno ottenuto dal legislatore un privilegio più o meno forte. Questa è

l' idea che presenta l' art. 2121 ✳ 2007 del Codice civile. « I dritti ed i crediti ai quali viene attribuita l' ipoteca legale, sono quelli delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti; quelli dei minori e degl' interdetti sopra i beni de' loro tutori; quelli dello stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici sopra i beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto. » Ecco le tre specie d' ipoteche legali, propriamente dette, stabilite dal Codice. Esse sono sempre legali sebbene i mezzi coi quali si conservano variino in quanto alle forme della iscrizione ed in quanto alla necessità o non necessità dell' iscrizione medesima. Conviene stare in guardia onde non incorrere in niuno equivoco che tendesse a moltiplicare il numero delle ipoteche legali. Convien limitarle ai soli fatti ai quali la legge gli à applicati, ed alle sole persone contro delle quali ed in favor delle quali sono state stabilite. Donde risulta che i minori, le donne maritate, lo stato, i comuni, i pubblici stabilimenti, riguardo a tutte le altre persone diverse da quelle indicate in questo articolo, sarebbero soggette alle leggi generali in materia d' ipoteche.

Io parlerò delle ipoteche legali secondo l' ordine stabilito dall' art. 2121 ✳ 2007 del Codice civile.

Dividerò quello che debbo dire in tre sezioni.

1.° Tratterò dell' ipoteca legale delle donne maritate sui beni dei loro mariti;

2.° Dell' ipoteca legale dei minori e degl' interdetti sui beni de' loro tutori.

3.° Dell' ipoteca legale dello stato comuni, e pubblici stabilimenti sui beni degli esattori ed amministratori obbligati a render conto.

Sezione Prima.

Dell' ipoteca legale o tacita delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti.

§. I.

Principj generali su questa materia.

(Principj del dritto romano intorno all' ipoteca legale).

225. Questa è un' importante materia, e che per essere ben trattata richiede che il sia con un metodo rigoroso. Se si vuol ben conoscere bisogna risalire ai principj del dritto romano.

La legalità dell' ipoteca delle donne sui beni de' loro mariti non si conosceva quando avean vigore le leggi che compongono il digesto: essa prende la sua origine dalla legge unica *Cod. de rei uxor. act.*, la quale fu ricevuta in Francia. Questa legge accordava siffatta ipoteca senza la necessità di una espressa stipulazione; cosicchè essa esisteva tacitamente, e per sola forza della legge, a contar dal dì del matrimonio. La stessa ipoteca aveva luogo, e dalla stessa data, per le convenzioni matrimoniali, conosciute nel dritto romano, prima sotto al nome di *donatio ante nuptias*, poi sotto a quello di *propter nuptias*, come si legge nelle Istituzioni, § 3, *de donat.* Le cause di questo cambiamento di denominazioni sono ivi spiegate. Nel dritto romano fu permesso di accrescere la dote dopo del matrimonio; ma per questo aumento di dote, come per quello della donazione a causa di matrimonio che poteva anche farsi, la leg. 19 Cod., *de donat. ant. nupt.*

vel prop nup., non accordò l' ipoteca che dal dì della loro data.

Ma l' imperatore Giustiniano andò più oltre colla legge *assiduis*, *Cod.*, *qui pot. in pign.* Fondandosi sopra ragionamenti più degni di un retore che di un legislatore, volle che l' ipoteca legale, almeno della dote, fosse preferita alle ipoteche di tutt' i creditori del marito, anteriori al matrimonio, anche quando fossero stati privilegiati. Il che fa dire a Pothier, *Pandec.*, di questa legge: *Sane iniqua prorsus, et a juris principiis absonans, haec lex merito dicetur.* Mornac sulla legge *16. ff. de leg. et senatusc.* ne parla con indignazione. Per giustificarla non può dirsi altro se non quello che leggesi nella legge 20 dello stesso titolo, *non omnium quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* Questa legge, per ciò che riguarda l' anteriorità dell' ipoteca, non è stata accolta in Francia; essa è stata seguita solo nella giurisdizione del parlamento di Tolosa: e ciò con numerose modificazioni introdotte dalla giurisprudenza di questo medesimo parlamento. Serres. *Instit. au dr. fr.*, *pag. 569 e 570*, le spiega con molta precisione. La principale è la facoltà ch' aveva ogni creditore ipotecario, anteriore al matrimonio, di conservar la sua ipoteca colla sua data, in preferenza di quella della donna maritata, denunziando la sua ipoteca a questa, allorchè era stata promessa sposa, e prima che si fosse celebrato il matrimonio. Finalmente, per cancellare interamente le tracce di una legislazione così straordinaria, nell' art. 1572 ✳ 1385 del Codice civile si è detto: « La moglie ed i suoi eredi non godono di alcun privilegio, per la ripetizione della dote sopra i creditori ipotecarj anteriori alla medesima.

(Affinità della legalità dell' ipoteca colla inalienabilità dei beni dotali).

226. La legalità dell' ipoteca pei dritti mobiliari dotali della moglie sui beni del marito aveva molta affinità colla inalienabilità de' beni immobili, anche dotali; e quindi l' una condusse all' altra. Tutte e due proponevansi la conservazione delle doti, ed a premunire le mogli contro ai ritrovati dei mariti, tendenti a spogliarle dei loro beni, per goderseli essi medesimi. La legge *Julia*, che fu fatta sotto l' impero di Augusto, e ch' è conosciuta solo perchè menzionata in una moltitudine di leggi indicate da Dionigi Gotofredo, sulla legge unica, *Cod. de rei ux.* § 15 (nota B), non vietava alla moglie in un modo assoluto l' alienazione dei beni dotali. Ma la loro inalienabilità e il divieto d' ipotecarli durante il matrimonio, furono determinati in un modo preciso da questa medesima legge del Codice Giustinianeo. Penetrandosi dell' antica legislazione romana, si conosce che l' inalienabilità dei beni dotali, e la impossibilità nella moglie di poterli ipotecare, fondavansi sul principio che il marito era il padrone della dote; ch' egli ne aveva il godimento, e che la moglie non poteva privarnelo. Ma se si dee seguire il progresso di questa medesima legislazione, si rimarrà convinto che nel dritto romano novello, la moglie fu messa in uno stato d' interdizione per solo vantaggio di lei, *ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam.* Seguendo le tracce e i motivi dell' antico dritto, si era altravolta preteso che la nullità della vendita del fondo dotale o dell' impostavi ipoteca, era relativa al solo marito al quale essa non poteva recare verun pregiudizio, quando non trattavasi più dell' interesse del marito, come, per esempio, quando egli era morto,

la moglie dopo la morte del marito, non poteva disporre del fondo dotale, a fronte dei terzi coi quali essa avea contrattato. Ma siffatta pretensione, contraria alle leggi relative a questa materia, e bene intesa, è stata rigettata da molte decisioni, e spiecialmente da una delle più osservabili a questo riguardo, profferita dal parlamento di Tolosa, il 2 gennajo 1637, riferita da d' Olive, *Quest. not.*, *liv. 3*, *chap.* 29. I decisionisti ne riferiscono altre simili pronunziate da diversi parlamenti di paesi di dritto scritto. E questo fu benanche il senso dato ai principj del dritto romano dalle consuetudini che gli ammisero. La nullità delle disposizioni dei beni dotali durante il matrimonio, per mezzo di vendita o d' ipoteca fatta col consenso della moglie o senza, fu indistintamente pronunziata. Ecco quello che specialmente si osserva nella Costumanza d'Auvergne ch' è fra quelle consuetudini, *tit. 14*, *art. 3*.

Nella legislazione francese si seguono i medesimi principj per la regola dotale. Non può dirsi la stessa cosa nella regola della comunione. Questa regola desta particolarmente l' idea di una società tra gli sposi riguardo alla loro fortuna ed alla loro industria; laddove la regola dotale è concepita nel senso di esclusione da ogni società: la moglie non gode in questa regola tutt' i vantaggi di un socio. Quindi il principio della inalienabilità del fondo dotale non è esattamente osservato nella regola della comunione, mentre in questa il fondo dotale può vendersi col consenso del marito. Nella regola della comunione la fortuna della moglie può essere accresciuta, e nella dotale i beni della moglie rimangono sempre i medesimi ma sono conservati con maggior diligenza.

(Principj del Codice civile intorno all' ipoteca legale delle mogli. Per quali motivi quest' ipoteca legale non è soggetta alla iscrizione).

227. Il Codice civile à ammessi principj, per molti lati diversissimi da quelli del dritto romano, intorno alla legalità dell' ipoteca delle mogli. Questa differenza dipende in gran parte dal sistema della pubblicità dell' ipoteca ammesso nella nostra legislazione. È stato d' uopo di conciliare, intorno a questa legalità, il favor dovuto alla moglie per la conservazione de' suoi dritti, coll' interesse dei terzi che han contrattato col marito. Onde formarsi un' idea chiara di questa importante parte dalla nostra legislazione è indispensabile di farne un esame particolare.

E primieramente nell' art. 2121 ✳ 2007 del Codice civile si dice: » I dritti e i crediti ai quali è attribuita l'ipoteca legale, sono quelli delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti: quelli dei minori ec. » L' art. 2122 ✳ 2008 poi dello stesso Codice dice che il creditore cui compete l' ipoteca legale, può esercitarla sopra tutti gl' immobili spettanti al creditore, e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire « colle modificazioni che appresso si diranno ».

Qual' è la prima conseguenza che dee ricavarsi dall' art. 2121 ? Eccola. Che la moglie per tutt' i suoi diritti sopra i beni di suo marito à un' ipoteca legale, vale a dire, un' ipoteca indipendente dalla convenzionale e dalla giudiziaria. Ma nel tempo stesso che la legge attribuisce questa legalità d' ipoteca a tutt' i dritti della moglie, essa stabilisce una gran differenza tra questi dritti secondo la loro natura, e secondo la necessità di farli conoscere ai terzi che contraggono col marito, per quanto è possibile. Dopo di aver, coll' art. 2134 ✳ 2030

rese soggette tutte le ipoteche legali giudiziarie e convenzionali alla iscrizione, a contar dalla quale esse prendono il grado, coll' art. 3135 ✳ 2021 stabilisce l' eccezioni a questa regola generale. L' una è in favore dei minori, ed interdetti sopra i beni dei loro tutori. Questa ipoteca esiste indipendentemente da qualunque iscrizione dal giorno in cui fu accettata la tutela. L' altra eccezione è stabilita in favor delle mogli anche indipendentemente da qualunque iscrizione. Ma, a questo riguardo, la legge divide le sue disposizioni non solo intorno agli oggetti pe' quali l' ipoteca legale deve aver luogo, ma intorno all' epoche ancora alle quali l' ipoteca risalir deve per questi diversi oggetti. Cosicchè tutt' i dritti delle mogli godono il benefizio della legalità dell' ipoteca: ma ad onta di questa ipoteca legale, tutti non godono del pari il benefizio di essere esenti dalla formalità della iscrizione. Una cosa è la legalità semplice dell' ipoteca, ed un' altra è la esonzione di dovere iscrivere questa stessa ipoteca. Ecco quel che convien osservare per ben conoscere la legge.

È importantissimo il sapere che questo art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile, per ciò che concerne le mogli, deve applicarsi distributivamente ai matrimonj contratti colla regola dotale, ed a quelli contratti colla regola della comunione, in tutte quelle parti nelle quali può farsene l' applicazione. Giova anche il conoscere, attese le considerevoli differenze messe dalla legge tra queste due regole, che quella della comunione à luogo di dritto, ed in mancanza di ogni convenzione contraria, art. 1393 (a), e negli articoli 1391,

(a) A questo articolo 1393 dell' abolito Codice civile corrisponde l' art. 1387 delle nostre LL. CC. ma con un senso opposto. In Francia la regola della comunione for-

e 1392 ✳ 1345 e 1346 posson leggersi le clausole la stipulazione delle quali è necessaria nel contratto di matrimonio, perchè gli sposi si reputino maritati con una regola, o con un' altra. Conviene pure ravvicinare a questi due articoli, gli art. 1540 e 1541 ✳ 1353 e 1354. Articolo 1540; « La dote sotto questa regola, del pari che sotto quella del capitolo III., consiste nei beni che la moglie porta al marito per sostenere i pesi del matrimonio. » articolo 1541. « Tutto ciò che la donna si costituisce in dote, o che le vien donato nel contratto di motrimonio, è dotale, se non vi è stipulazione in contrario. » Questi due ultimi articoli sono comuni ad ambe le regole: quindi tutto ciò che la donna si costituisce in dote o che le vien donato nel contratto di matrimonio, è dotale *per dritto*, se non vi è stipulazione in contrario.

Dopo di queste osservazioni preliminari discendiamo all' esame delle distinzioni contenute nell' art. 2135 ✳ 2021. L' ipoteca esente dall' obbligo di prendere iscrizione à luogo, a contar dal dì del contratto di matrimonio, per la dote e per le convenzioni matrimoniali; l' ipoteca, sempre esente dall' obbligo di prendere iscrizione, à luogo, a contar da epoche differenti, ma posteriori al giorno del contratto di matrimonio, per altri dritti. Questi dritti sono le somme dotali che provengono, o dall' eredità ricadute alla moglie, o dalle donazioni fattele durante il matrimonio. Per questi oggetti

---

mava il dritto comune in fatto di matrimonj, e la regola dotale n' era la eccezione. Fra noi è la regola dotale che forma il dritto comune, e quella della comunione n' è la eccezione. Quindi tra noi, in mancanza di stipulazioni il matrimonio s' intende contratto colla regola dotale.

l'ipoteca non comincia se non dal giorno dell'apertasi successione, o da quello in cui le donazioni ebbero il loro effetto. Di più, la donna à un'ipoteca legale, esente del pari dalla formalità della iscrizione, per l'indennità dei debiti da essa contratti con suo marito, e pel reimpiego de' suoi proprj beni alienati, ma solo a contar dal dì della obbligazione o della vendita.

Ed ecco tre sorta di oggetti pe' i quali ha luogo l'ipoteca legale in beneficio delle mogli, senza bisogno d'iscrizione, salvo la diversità dell'epoche. Questi oggetti sono, 1.° la dote e le convenzioni matrimoniali 2.° i dritti per successioni ad essa deferite o per donazioni fattele; 3.° le indennità dei debiti contratti col marito e pel rinvestimento del prezzo de' proprj beni alienati.

Per *convenzioni matrimoniali* si son sempre intese le donazioni fatte dal marito alla moglie, nel contratto di matrimonio, alle quali questa à dritto nel caso di morte del marito, e sua sopravvivenza allo stesso. Queste donazioni erano l'assegnamento in denaro, l'antiparte che aveva sempre luogo pricipalmente nella regola della comunione, i vitalizj, le soppravvivenze ed altre disposizioni di simil natura. La legge à sempre accordato a questi dritti, del pari che alla dote, lo stesso favore dell'ipoteca legale su i beni presenti e futuri del marito. Questi dritti non hanno luogo fin che dura il matrimonio; sono incerti; ed allora non vi è alcuna azione ad esercitare vivente il marito. Un'azione per parte della moglie sarebbe poco decente, e potrebb'essere il seme di discordia tra i due sposi; e farebbe concepir l'idea che la moglie desidera che suo marito presto morisse, il che le leggi romane esprimevano in questi termini, *malum omen augurari*. Quindi l'art. 32 dell'editto del 1771 dispensava le mogli dal fare

la opposizione, che allora stava invece della iscrizione, alle lettere di ratifica che prendevansi sulle vendite dei beni dei loro mariti; *a motivo degli assegnamenti non ancora verificati*; e la giurisprudenza aveva estesa questa disposizione all' aumento della dote, ed alla sopravvivenza che erano in uso nei paesi di dritto scritto, e in alcuni paesi consuetudinarj, ove non si conosceva l' *assegnamento*. Si è anche osservato che Giustiniano, colla legge *assiduis*, accordò alle femmine l' ipoteca tacita o legale, non solo per le loro doti, ma benanche per le donazioni a causa di matrimonio, *donationes ante nuptias o propter nuptias*: il che era una donazione fatta alla moglie, *sponsalitia largitas*.

Non sarebbe un vocabolario a seconda della legge se si spiegassero le parole di *convenzioni matrimoniali*, con quelle impiegate nell' articolo 1394 ✳ 1318 del Codice civile, ove si dice. « *Tutte le convenzioni matrimoniali* saranno formate con atto innanzi notajo, prima del matrimonio. » È chiaro che in questo articolo si parla delle convenzioni che formano un tutto, conosciuto volgarmente sotto al nome di *contratto di matrimonio*, laddove, nel senso dell'art. 2135 ✳ 2021, trattasi di una parte soltanto delle convenzioni che sono indipendenti dalla dote, e che indicano i vantaggi fatti alla moglie.

Quando il legislatore à usata la parola *dote*, lo à fatto in un senso generico e capace di essere applicata ad ambe le regole. Si chiama più particolarmente *dote* nella regola dotale, mentre in questa regola tutto quello che la donna recà con se è dote sua; ed è unicamente questa dote quella ch' essa può farsi restituire in certi casi determinati dalla legge. Se oltre alla sua dote e suoi beni dotali, essa ne à altri, questi formano una specie

particolare di beni che rimangono a disposizione della moglie, giusta le clausole particolari dell'atto col quale si regolano le convenzioni matrimoniali. La facoltà di stipulare a favor suo questa specie di riserve le viene accordata dall'art. 1542 ✳ 1355 E questo il risultamento degli articoli 1542 e 1574 ✳ 1355 e 1387. Ma sotto al nome di dote si deggiono anche comprendere i beni dotali della donna maritata colla regola della comunione. La dote in questa regola è molto più complicata di quello che il sia nella regola dotale, come farò tra breve conoscere. Ma è sempre vero che la donna vien dotata in ambe le regole, salve le particolari modificazioni di ciascuna di esse che risultano dalle convenzioni matrimoniali permesse dalla legge.

Quanto al secondo oggetto, di cui si fa parola nell'art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile, e che consiste nei dritti della moglie pe' capitali che provengono da eredità a lei deferite, o da donazioni a lei fatte, questi dritti possono esistere in qualunque regola. E quanto alla terza specie di dritti relativi all'idennità dei debiti da lei contratti unitamente al marito ed al rinvestimento del prezzo dei proprj beni alienati, per poco che si conoscano i principj della regola della comunione si conoscerà, che questi dritti sono principalmente relativi a questa regola, che dal legislatore fu presa in considerazione in questo articolo, come pure la regola dotale.

Giova intanto di osservare; onde potersi valutare i motivi della legge in ordine all'ipoteca della moglie per queste due ultime specie di dritti, che a questo riguardo, tra gli antichi parlamenti del regno, vi era una grande varietà di giurisprudenza. Alcuni seguivano i principj, consecrati posteriormente nel Codice civile, gli altri facevan risalir l'ipoteca al di del matrimonio. Intorno a ciò,

può consultarsi Mornac, sulla legge 9, ff. *qui pot.* e d'Héricourt *de la vente des immeubles, chap. 11, sect. 2, n.° 20.* Ma quest' ultima giurisprudenza, contraria ai principj ammessi dal Codice civile, contenea tali e tanti abusi, ch'era un portento il perserverarvici. Qualunque clausola potesse contenere il contratto di matrimonio circa questi casi futuri, non ne risultava un' ipoteca *actu*, essa avea luogo dal dì che i casi verificavansi. D'altronde facendo risalir l' ipoteca al dì del matrimonio potevan derivarne delle frodi manifeste. Prima che un' eredità fosse deferita ad una donna maritata, o che una donazione le fosse fatta, prima ch' ella contraesse debiti con suo marito, o che alienasse i suoi proprj beni coll' autorizzazione di lui, il che spesso avveniva per produrre un vantaggio al marito, molte persone potevano aver prestato a quest' ultimo, e si vedevano privati dell' anteriorità della loro ipoteca, anteriorità nella quale era risposta tutta la sicurezza de' loro crediti. Un creditore molto posteriore che avesse avuta l' astuzia di dar denaro in prestito ad un marito, coll' obbligo e garantia della moglie, di cui potrebbe rappresentare i dritti, dovrebb' esser preferito, nell' ipoteca, ai creditori più antichi di lui. Gli acquirenti del marito, prima di quest' epoche medesime, erano benanche esposti agli stessi pericoli. Questa giurisprudenza aveva pure l' inconveniente di mettere i mariti in certo modo sotto la tutela delle loro mogli, *in curatione uxoria*, poichè senza l' obbligazione di queste, essi non trovavano, in caso di bisogno, chi lor prestasse del denaro. Sembrerebbe ancora, giusta quello che dice Mornac, che questa perniciosa giurisprudenza fu conservata da una decisione del 17 marzo 1608, contro della quale egli gridò fortemente, e che aprì l' adito in favor de' creditori del marito di chieder l' ob-

bligo della di lui moglie. Quest' uso si è generalmente osservato fin' oggi, nella regola della comunione.

(Esame delle ragioni che possono opporsi alla estrizione fatta in certi limiti della facoltà accordata all' ipoteca legale di non essere iscritta.)

228. Ma si può dire che la dote, le convenzioni matrimoniali, i dritti della moglie a motivo dell' eredità deferitele, o delle donazioni a lei fatte durante il matrimonio, dell' indennità per debiti contratti col marito, o del rinvestimento dei proprj beni alienati, non sieno i soli oggetti in favor dei quali la legge abbia ammesso, in beneficio della moglie, l' ipoteca legale esente dalla iscrizione. Questa obbiezione può sostenersi dicendo che il legislatore negli art. 2140, 2144, 2193 e 2195 ✳ 2034 2038, 2093 e 2096 del Codice civile, parlando dei medesimi dritti pei quali l' ipoteca legale viene ammessa esente dalla formalità della iscrizione, ne parla con maggiore estensione di quel che il faccia nell' art. 2135 ✳ 2021. Ed in fatti, in questo articolo si fa solo menzione della *dote e convenzioni matrimoniali*, laddove negli articoli pocanzi espressi si parla dei *diritti e patti matrimoniali*. La parola *DIRITTI*, potrebbe dirsi, esprime dritti diversi dalla *dote e convenzioni matrimoniali*, e quindi riguarda i beni estradotali o parafernali.

Ciò mostra quanto sia necessario di formarsi delle idee esatte per questa parola di *diritti*, della quale ò visto fare abuso. Ma comunque si consideri mi pare impossibile che possa usarsi per beni diversi da quelli che sono puramente *dotali*. La parola *diritti*, usata negli articoli 2140, 2144, 2193 e 2195 ✳ 2034, 2038, 2093 e 2096 non aggiugne nulla a tutto quello che il legislatore a'

voluto esprimere nell' art. 2135 ✳ 2021, colle parole di *dote e convenzioni matrimoniali*. Solo col nome di *dritti* egli à inteso parlar della dote nella regola della comunione come pure dei dritti enunciati nella seconda e terza parte dell' art. 2135 ✳ 2021 Laonde è sempre alla dote e suoi dritti che dee riferirsi l' ipoteca legale esente dalla iscrizione, e non ad altro.

Ed invero così nell' antica che nella nuova legislazione, la dote, nella regola della comunione, ha rapporto a molte altre idee ed a molte altre cose, di quel che l' abbia nella regola dotale. Può dirsi che *dritti*, *dote*, *e beni dotali* eran parole identiche nella regola della comunione. Si rimarrà convinto di ciò se leggasi una profonda dissertazione inserita nel *Journal du palais tom. 1.*, alla data di una decisione del 5 aprile 1667.; se si consulta Renusson, *Trait. de la com.*, *part. 2*, *chap.* 3, *num. 1.er et suiv.*; l' art. 18 del capitolo 23 della costumanza del Nivernese, ed il commentario di Coquille su questo articolo: Ma non si può insegnar meglio la vera dottrina in questa materia, se non riferendo uno squarcio del sig. Tarrible, *Répert. de juris.* alle parole *Inscription hypot.*, § *3*, *n. 9*. Tutto quel ch' egli dice à una sì stretta connessione colla legislazione stabilita nel *cap. 2*, *tit.* 3, *del contratto di matrimonio*, del Codice civile, che non possiamo non riferir le stesse parole di un autore tanto stimabile:

» Tutto quello che vien dato alla donna nel contratto di matrimonio, tutt' i beni presenti e futuri che la donna porta seco nel medesimo contratto, forman la sua dote. Nella regola dotale la dote si limita a questi beni, poichè tutti quelli che la donna può avere, e che non son compresi in queste designazioni, sono parafernali, il che si-

gnifica *estradotali. Ma nella regola della comunione, la dote à una estensione maggiore: essa comprende la totalità dei beni che la donna à o aver può durante il matrimonio.* E in effetti, nell' art. 1530 (a) si scorge, che anche nel caso in cui gli sposi dichiarano di maritarsi senza comunione, questa clausola non dà alla moglie il dritto di amministrare i suoi beni, nè di raccoglierne i frutti: ma questi frutti si reputano assegnati al marito per sostenere i pesi del matrimonio. La dote espressamente costituita, non dà altro dritto al marito, meno quello di goder dei beni che ne sono l' oggetto, per sopportare i pesi del matrimonio; e poichè il marito à indistintamente il medesimo dritto su i beni costituiti, noi abbiamo avuta ragion di dire che *nella regola della comunione, tutt' i beni della donna eran dotali, almeno per l' effetto, se nol sono per la denominazione.* Nondimeno, conviene eccettuare il caso in cui gli sposi ànno stipulata una separazione di beni; questo caso è sottoposto a regole particolari che noi farem conoscere più in là. Riassumendo il nostro esame, continua il nostro autore, noi conosceremo che sotto al nome di *dote* devon comprendersi, nella regola cioè della comunione, *tutte le somme appartenenti alla donna, e passate in proprietà del marito, sia qualunque la loro pervenienza;* e nella regola dotale tutte le somme che sono state date alla donna, e ch' essa si ha nominativamente costituite nel contratto di matrimonio. Noi conosceremo in seguito che la donna può godere dell' ipoteca legale su i beni del marito per la ripetizione di tutte queste somme indistintamente. »

Il sig. Tarrible, in un altro luogo si esprime

(a) Questo art. è stato soppresso nelle nostre LL. CC.

così. « I *dritti* hanno una maggiore latitudine, e comprendono tutte le somme che la moglie dee ripetere dai beni del marito sia a titolo di reimpiego, sia a titolo d'indennità, sia a titolo di compenso quando vi è comunione fra gli sposi. É manifesto che la moglie à un *dritto* sui beni di suo marito, pel ricupero delle somme che ad essa si appartengono, che sono state date al marito, o che si sono impiegate, in un modo qualunque, per l'utilità di quest'ultimo. Avviene lo stesso nella regola della comunione se gli sposi dichiararono di maritarsi senza comunione. *Se il marito à ricevute delle somme appartenenti alla moglie, diverse dai frutti o interessi,* che sono irrevocabilmente di lui, in forza del suo proprio dritto di goderne, oppure, se la moglie à pagato coi suoi proprj denari i debiti di suo marito, *tutte queste somme formeranno l'oggetto di altrettanti dritti pei quali la donna avrà un'ipoteca legale*, sia perchè quest' ipoteca le appartiene, in generale, pei suoi dritti, sia perchè, giusta le spiegazioni date più sopra, tutti questi oggetti, sotto certi rapporti, possono riguardarsi come dotali. »

Dalla esposizione di questa dottrina risultà che le parole di *dote dritti e convenzioni matrimoniali* enunciati negli articoli 2140, 2144, 2193, e 2195 ✳ 2034, 2038, 2093, e 2096, sono identiche a quelle delle tre parti del §. 2 dell' art. 2135 ✳ 2021; e che con tutte queste parole, il legislatore non ha voluto esprimere che le convenzioni matrimoniali, la dote, o i dritti dotali, tanto nella regola della comunione che nella regola dotale, salvo le differenze dell' epoche alle quali l' ipoteca risale, riguardo ai dritti dotali esistenti nella regola della comunione, che si esercitano col nome di *dritti*.

(Per quali cose l' ipoteca legale convien che sia iscritta. Essa dev' esserlo per le ripetizioni estradotali.)

229. Da quanto finora si è detto se ne ricava un' importante conseguenza, ch' è, che per tutto quello che non è dotale vi è pure un' ipoteca legale in beneficio della moglie, giusta l'art. 2121 ✳ 2007: ma che questa ipoteca legale non esiste se non coll' obbligo della iscrizione, e che per questi oggetti, siffatta ipoteca non prende altro grado, a fronte dei terzi, che dal giorno della iscrizione. Nondimeno questa controversia è stata molto agitata, il che, a creder mio è veramente sorpendente. La Corte reale di Aix, con decisione del 19 agosto 1813; quella di Grenoble con due decisioni del 17 luglio e 24 agosto 1814; la Corte reale di Tolosa, con decisione del 4 giugno 1816, e le di cui considerazioni meritano di esser meditate, si son pronunziate per l' affermativa: ma la Corte reale di Riom, seconda camera, è stata per la negativa con due decisioni del 19 agosto 1818, e 20 febbrajo 1819 (1). Questa diversità di decisioni fa conoscere quanto è necesssario che la quistione si esamini. Ma ben si conosce ancora di quanto soccorso mi sarà in questo esame quello che ho finora stabilito.

Il sig. Tarrible, *loco citato*, dopo di aver data una spiegazione luminosa di quel ch' erano i *dritti*

---

(1) Sulle prime cinque decisioni veggasi Denevers, anno 1814, pag. 24 e 79 supp.; anno 1817, pag. 116 e 149, supp.; e anno 1818, pag. 2; Sirey, anno 1818 2. parte, pag. 44; e sulla seconda decisione della Corte reale di Riom, Sirey tom. 20 pag. 275, ed i giornale dell' udienze di questa Corte al giorno della data della decisioue.

della moglie, spiegazione dalla quale risulta che in questa parola convien ravvissarvi i dritti che s' incorporano colla dote, o i beni dotali della comunione; e dopo di aver detto che questa parola di *dritti* non è che il nome dell' esercizio di questi medesimi dritti o beni dotali, discende infine ai beni non dotali della moglie in ambe le regole. Questi beni, in quanto alla regola della comunione, consistono in quel che la donna pretende di esserle dovuto dal marito, a motivo delle cose non comprese nel contratto di matrimonio, che non fanno parte de' beni proprj di lei, nè dalla sua dote; come, per esempio, quando gli sposi si son maritati colla clausola della separazione di beni, questi medesimi beni non dotali esistono, nella regola dotale, quando la donna ha riserbati per se i beni parafernali. Egli esamina, se per questi dritti estradotali, ai quali l' autore da' il nome di *dritti*, la moglie à la medesima ipoteca legale, esente dalla iscrizione, come per le precedenti cose di cui ha parlato; e si propone dei dubbj sull' assunto; ei dice che i dubbj derivar possono dal vedere che in questi due casi l' amministrazione appartiene interamente alla moglie, e dal vedere che questa non ha bisogno di soccorsi straordinarj per assicurare la ripetizione delle somme, il cui impiego è stato consentito, ed avrebbe potuto esser da essa niegato. I dubbj, continua il nostro autore, vengono resi più forti dalla disposizione dell' art. 1577 ✳ 1390 nel quale si dice che se la moglie costituisca suo marito procuratore ed amministratore dei suoi beni parafernali, col peso di renderle conto dei frutti, costui sarà tenuto verso la medesima come qualunque altro procuratore, dal che risulta che in questo caso la donna non avrà più un' ipoteca legale sui beni di suo marito, come non l' avrebbe sui beni di qua-

lunque altro cui avesse affidato un simile mandato. Nondimeno, il sig. Tarrible riconosce in questi crediti, quantunque estradotali di loro natura, dei dritti simili ai primi. Egli ne fa il paragone, e dà loro i medesimi privilegj; in fine egli à creduto dovere adottar l' opinione che, tutt' i *dritti*, per tutti i crediti, per tutte le azioni o ripetizioni, qualunque esse siano, la moglie à su i beni del marito, la stessa ipoteca, lo stesso privilegio che à per quello che costituisce propriamente la dote.

Malgrado tutt' i riguardi dovuti alla opinione del sig. Tarrible, mi pare impossibile di ammetterla nel caso di cui si tratta.

In primo luogo è certo che la legislazione francese riconosce due specie d' ipoteche legali l' una esente dall' obbligo della iscrizione e l' altra soggetta alla necessità della iscrizione, a contar dalla quale l' ipoteca prende il rango. Quando poi il legislatore discende all' art. 2135 ✳ 2021, la costituzione di questo articolo, lo spirito che lo ha dettato, il senso delle parole che vi ha impiegate, la cura con cui le à scelte, infine, tutto mostra che questo articolo è stato concepito in un senso inclusivo per certi diritti, ed *esclusivo* per certi altri. Se il legislatore avesse voluto accordare l' ipoteca legale esente dalla iscrizione a tutt' i dritti, e crediti qualunque della moglie, indistintamente, lo avrebbe detto con una sola parola, e si sarebbe contentato di apportar delle restrizioni in quanto alla data dell' ipoteca che fan l' oggetto della 2, e 3 parte del paragrafo 2, dell' articolo 2135✳2021. Egli non avrebbe preso un linguaggio di distribuzione, di distinzione, di particolare applicazione delle cose che goder debbono il favore dell' ipoteca legale, libera dal peso della iscrizione. Giusto perchè indica questi oggetti, egli fa conoscere che

ve ne sono degli altri ai quali vien negato lo stesso privilegio.

In secondo luogo la parola *dote* venendo al pensiere in un modo positivo, rammenta naturalmente ciò che gli è direttamente opposto, vale a dire, i beni *estradotali*; nondimeno il legislatore si ferma alla parola di *dote*, e non si cura neppure dei beni *estradotali o parafernali*. Or come pretendere che questi beni fossero stati considerati da lui al par della dote! Secondo tutte le regole della interpretazione non si può supporre che il legislatore abbia compreso nella parole *dote* ciò ch' è fuori della *dote*. Se in seguito vi è qualche parola diversa da *parafernali*, *dritti riservati* alla moglie, che possa ravvicinarsi alla parola di *dote*, almeno in una delle regole, e che possa anche significare questa dôte considerandola ne' suoi risultamenti e ne' suoi effetti, in questa regola, non è poi seguire i principj di una sana logica, rapportando questa espressione alla dote che ha di già occupato il legislatore, e riguardandola come sviluppo di ciò ch' è stato detto, sempre nel medesimo senso nel quale è stata spiegata?

Ma una riflessione molto semplice dimostrerà fino all' evidenza quello che ò detto. La legge, negli articoli 1540 e 1541 ✳ 1353 e 1354, traccia una linea di dermarcazione tra quello ch' è *dote* e quello ch' è estradotale, sia pur qualsivoglia la regola colla quale si contrae il matrimonio. La *dote* consiste ne' beni che la moglie porta al marito *per sostenere i pesi del matrimonio*. Non vi è dote se non quello che la donna *si costituisce* o che le vien donato *nel contratto di matrimonio;* e perchè vi sieno beni estradotali convien che vi sia una *stipulazione contraria*. È precisamente questa contraria stipulazione che costituisce i beni *parafernali*. La parola *dote* è dunque una parola ge-

nerica che contiene tutt' i beni di qualunque natura, portati dalla moglie, ma tutt' i beni di qualunque natura, destinati a sostenere i pesi del matrimonio, il che costituiva benanche nel dritto romano il carattere della dote. Secondo lo spirito di questo dritto, la dote era costituita, *ad onera matrimonii sustinenda.* Questa medesima parola generica di *dote* comprende, in conseguenza, i dritti che dipendono da questi medesimi beni e dritti dotali, che s' incorporano con essi, che hanno la medesima destinazione, e che al par di essi sono *dote.* Il legislatore adunque non ha potuto, nell' art. 2135 ✳ 2021, nè negli articoli che vi corrispondono, ove leggonsi le parole *dote*, *dritti*, *convenzioni matrimoniali*, avere in mira dei beni il cui oggetto non è di sostenere i pesi del matrimonio: laonde i beni estradotali in ambe le regole ne sono esclusi. Niuno certamente dirà che i beni estradotali sien dati per sostenere i pesi del matrimonio. Questi sono beni di una diversa natura; essi non han che fare col matrimonio; essi sono a disposizione della moglie che se li riserba come una specie di *peculio.* In fatti, nella *leg. 9, §. 3, ff. de jur. dot.* si vede che i beni della donna dai greci chiamati *parafernali* eran conosciuti dagli antichi Galli sotto al nome di *peculio. Caeterum si res dantur in ea quae graeci* PARAPHERNA *dicunt, quaeque galli peculium appellant.* Per una conseguenza della destinazione dei beni dotali *ad onera matrimonii sustinenda*, in opposizione ai beni estradotali che non l' ànno, veggonsi nel dritto romano tanti privilegj accordati ai beni dotali che non lo erano ai beni parafernali. E non può dubitarsi benanche che non sia la stessa differenza di destinazione quella che abbia fatto comprendere nell' art. 2135 ✳ 2021 i beni dotali considerati sotto un punto di veduta generale, esclusivamente dagli altri.

In terzo luogo, quando il legislatore parla di eredità deferite alla moglie durante il matrimonio, dice: *La moglie non ha ipoteca pe' capitali* DOTALI *che provengono da eredità* ec. Se fosse vero che, giusta la intenzione del legislatore, tutt' i beni di qualunque specie, ogni sorta di dritti, di azioni, di crediti della moglie contra il marito avessero goduto del favore dell' ipoteca legale esente dalla iscrizione, non sarebbe forse una cosa ridicola di leggere nell' articolo, *per le somme* DOTALI? Il legislatore con una simile restrizione avrebbe detto precisamente il contrario di quello che avrebbe dovuto dire: il senso di questa limitazione posteriore avrebbe interamente distrutto il senso di una *generalità* indefinita ed assoluta. È manifesto che quando il legislatore à detto *capitali* DOTALI *che prevengono* da *eredità* ec. esso non à voluto accordare il favor dell' ipoteca legale, esente dall' obbligo della iscrizione che all' eredità composte di cose mobili, veramente dotali, come quando la donna si costituisce in dote tutt' i suoi beni presenti e futuri, di cose delle quali il marito avrebbe dovuto mettersi in possesso in forza della sua autorità maritale, e che allora egli à negata questa medesima ipoteca legale ai capitali e dritti mobiliari non dotali, mentre nella regola della comunione la moglie à potuto non volerli mettere nella comunione, riserbandosene il godimento e amministrazione con una clausola di separazione di beni, e che nella regola dotale essa à potuto riserbarseli come parafernali. La espressione di DOTALI applicata all' eredità deferite durante il matrimonio, conferma in un modo preciso, la volontà dimostrata nell' art. 2135 ✳ 2021 di non accordare il favore dell' ipoteca legale esente dalla iscrizione se non a tutto ciò che sarebbe *dote* e di negarla a tutto ciò che sarebbe estradotale.

Digitized by Google

In quarto luogo, la vera significazione di questa parola *ripresa*, *o dritto*, prova quanto è erronea l'applicazione che suol farsene a cose estradotali in ambe le regole. Una *ripresa* è l'esercizio di un dritto di riprendere da una massa, cioè dalla comunione, quello che vi si è portato. Ma non si ha un' idea molto esatta della *ripresa* per parte della moglie, nè di quello ch' essa non à portato in questa massa, quando si tratta di comunione nè di ciò ch' essa si ha riserbato e non à voluto nel contratto di matrimonio confondere colla dote, quando si tratta di regola dotale. L' errore deriva dall' avere il sig. Tarrible voluto comprendere nella *ripresa o dritto* da lui meravigliosamente spiegata, quello che non vi è compreso, giusta il senso, ed il linguaggio legale Laonde, penetrandosi delle disposizioni del *cap. 2, del tit. del contratto di matrimonio*, e specialmente di quelle nelle quali vedesi usata la parola di *ripresa o diritto*, ovvero le parole di *ricompensa*, *precapienza*, o *rinvestimento* che possono qualche volta essere le equivalenti di quella di *diritto* o *ripresa*, si rimane convinto che questa parola non ha che fare con tutto quello che non è *dote*, o *beni dotali*; e quando si voglion veder da per tutto dei *diritti o riprese*, si cade nella necessità di dover violare tutte le regole d' interpetrazione dell' art. 2135 ✳ 2021.

Il sig. Tarrible stabilisce pure la sua opinione sulla influenza del marito che impedirebbe alla moglie di prendere iscrizione sui beni venduti o ch' egli vender volesse. Soggiunge che la condizione della moglie *sarebbe peggiore di quella di un creditore ordinario, il quale à potuto liberamente prendere tutte le misure di sicurezza che la prudenza gli ha suggerite.*

E primieramente la condizione della moglie è sempre migliore di quella di un creditore

ordinario, poichè, a differenza di questo, essa à, giusta l'art 2121 ✻ 2007, un' ipoteca legale per tutt' i suoi dritti contra il marito, salvo sempre il caso della procura data dalla moglie al marito per l' amministrazione dei parafernali; e, riguardo alla iscrizione ch' essa prender deve pei diritti pei quali non vi è ipoteca legale esente dalla iscrizione, convien supporre ch' essa avrà la forza di prenderla tostocchè si è creduta capace di poter regolare, amministrare, e conservare i beni ch' essa non ha voluto mettere sotto alla protezione accordata dalla legge ai beni dotali. Ella, d' altronde, deve imputare a se medesima, o il suo difetto di previdenza, o la sua negligenza: ed infine il pericolo dell' influenza non ha dovuto imporne tanto pei beni estradotali, quanto ne ha imposto pei beni dotali, a motivo della destinazione di questi.

Si dirà, come io l' ho già visto opporre, che la prescrizione non corre contra la donna maritata, per quelle sue azioni, per le quali il marito è garante, com' è stato infatti giudicato, e come doveva esserlo da una decisione della Corte di cassazione del 24 giugno 1817? Questa decisione trovasi nella Raccolta di Denevers, *anno* 1817, *pag.* 505. Ma, primieramente, non sarebbe più possibile di stabilire un principio in materia di legislazione, se, dando una grande estensione alle analogie applicar si volesse ad una materia quello che trovasi stabilito per un' altra, dipendente da regole diverse. In secondo luogo non vi è alcun paragone da fare tra il caso della prescrizione e quello di cui qui si tratta. La legge ha preso un debole interesse per un debitore della moglie, il quale oppor volesse una prescrizione sempre odiosa; ma la legge doveva prendere un vivo interesse nel proteggere i terzi creditori o acquirenti del marito, i quali rimarrebbero vittime per difetto di una co-

noscenza che dipendeva solo dalla moglie il darla per mezzo della iscrizione, e ch' essi non potevan procurarsela, o sospettarla, dopo un contratto di matrimonio che à potuto esser loro comunicato, ma che non avrebbe loro fornito alcun indizio capace d' ispirarli una certa diffidenza, e far loro provocare delle misure di sicurezza.

Dacchè i beni parafernali non si possono alienar dalla moglie senza l' autorizzazione del marito, può dirsi ch' essi sono esenti della iscrizione? Ma questo sarebbe un confondere cose derivanti da idee e da principj diversi. 1. Qui già non trattasi d'alienazione d' immobili, ma di capitali estradotali, di cui la moglie à la libera disposizione. 2. Giusta l' art. 1576 ✳ 1389 la moglie, ove il marito dissenta, può alienare i suoi beni parafernali col permesso del giudice 3. Quello che riguarda la proibizione di alienare senza le formalità richieste dalla legge, è stabilito in vista di particolari rapporti tra il marito e la moglie. Tutto questo adunque è estraneo a quello che riflette l' interesse dei terzi, interesse che va considerato sotto un altro punto di vista. La legge si armá contra qualsivoglia frode commessa dalla sola moglie, o alla quale vi si conduce per l' istigazione di suo marito. Da se sola, essa può validissimamente prendere iscrizione pe' suoi capitali parafernali. La presenza e l' autorizzazione del marito non sono necessarie per dare effetto a quest' atto conservatorio. Il marito può solamente regolarizzare in seguito una procedura, se, per mire personali di ambizione, o perchè egli potrebbe giustamente opporsi alle pretenzioni di sua moglie, egli volesse domandare giudizialmente la cancellazione e radiazione della iscrizione.

Infine bisogna valutar meglio di quel che suole valutarsi, e non accogliere tutto quello che suol dirsi per dispensar la moglie dall' iscriversi relativa-

mente a tutto ciò ch' è fuori della dote. Da molti secoli a questa parte, anche pe' beni dotali, la massima del dritto romano, *interest enim reipubblicae dotes salvas esse*, è stata molto indebolita in Francia. I nostri costumi, i nostri usi, la necessità di favorire i progressi dell' industria, ai quali la moglie deve bene spesso concorrere nell' interesse del marito, inseparabile dal suo e da quello dei suoi figli, le agevolazioni e speditezze che si son date al commercio, l' inconveniente di paralizzare la libera circolazione di una gran parte di beni stabili, e di colpirli di una specie di sostituzione che li renderebbe invendibili, tutte queste considerazioni han fatto rigettare, o raddolcire di molto la severità dei principj del dritto romano. La regola della comunione, sconosciuta in questo dritto, è stata adottata da due terze parti della Francia, e la moglie poteva vendere i suoi beni dotali coll' autorizzazione e consenso di suo marito.

Ognun sa quel ch' era il senatus - consulto Vellejano, che, per soccorrere la fragilità e la debolezza di un sesso facile ad ingannarsi, avea pronunziata una interdizione generale di contrarre delle obbligazioni contra tutte le donne, maritate, vedove, o zitelle. Ma, si scorge che i nostri Re, di tempo in tempo, hanno abolito questo senatus - consulto, col mezzo delle loro ordinanze. Queste disposizioni àn per oggetto di distrigare le transazioni dagl' inceppamenti funesti ad una buona politica ed al commercio.

L' editto del 1771, art. 17 e 32, pronunziò la purgazione della dote per difetto di opposizione alle lettere di ratifica; esso dispensò dall' obbligo di far questa opposizione per la sola sopravvivenza non ancora verificata. La legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1. novembre 1799) assoggettò le mogli

alla formalità della iscrizione per la conservazione delle loro doti. Il Codice civile con un sistema d'indulgenza, ch'è stato il bersaglio di molte critiche, come quello che distruge l'uniformità della legge che ha per fondamento, la pubblicità dell'ipoteca (a), à sottratto a questa pubblicità e quindi alla necessità della iscrizione, i dritti della moglie; ma questi dritti sono la *dote*, o i *beni dotali*. Ora, ritornando al principio esso à privato di siffatta dispensa d'iscrizione ogni altro dritto diverso dalla *dote*, e dai *beni dotali*. Questa distinzione si ritrova nello spirito che à presieduto alla redazione della legge, e nei termini di cui il legislatore si è servito, che insieme rendono il suo pensiere: e si vorrebbe oggi far cadere la dispensa dalla iscrizione, o, che val lo stesso, dalla pubblicità, su tutto quello che non è *dote*, nella regola della comunione nella dotale! Ma ecco quello ch'è impossibile a potersi sostenere. La pubblicità dell'ipoteca è il sistema della nostra legislazione, e n'è il principio fondamentale.

Non vi è alcun dubbio sulla controversia di cui mi occupo: ma quand'anche uno ve ne fosse, convien seguire il sistema e lo spirito generale della legge. Allora il rischio di smarrirsi è minore. Bisogna stare al principio che quando nella legge vi è una regola generale, tutto ne dipende, meno quello che n'è stato formalmente eccettuato. Questa regola generale dev'essere anche più rispettata allorchè protegge un interesse pubblico di quel che il sia proteggendo un interesse privato; allorchè tende a premunire i creditori ed acquirenti del

(a) Avremo occasione di ragionar lungamente intorno alla facoltà accordata alle mogli di non iscrivere per conservar la dote, e si esamineranno quistioni importantissime.

marito contro alle frodi delle quali potrebbero esser vittime per effetto di una procurata oscurità, la quale d'altronde può essere facilmente dissipata da un semplice atto conservatorio utile alla moglie medesima, e voluto dalla delicatezza del marito.

Questa dissertazione, necessaria per l'importanza della quistione, riceve nuova forza dai motivi sviluppati nella decisione della Corte reale di Tolosa, del 4 giugno 1816, da me già citata. La redazione n'è stata saggia e luminosa. Il sig. Planel, decano della facoltà di dritto a Grenoble à scritta sulla controversia una dissertazione che merita di esser letta. Si ritrova nell' opera di Sirey, *anno* 1819, *seconda parte*, *pag.* 89.

(Recente decisione di una Corte reale, che decide benanche la quistione con una circostanza particolare.)

230. La quistione trovavasi già trattata, e l'opera era anche sotto ai torchi, quando dalla Corte reale di Riom, 1. camera, è stata profferita una decisione, il 4 marzo 1822, che ha giudicata la controversia in massima, e secondo i medesimi principj da me esposti. Questa decisione à pur giudicata un' altra importante controversia, da me trattata nel numero 108, ove io l' ho annunziata. In ordine alla controversia di cui ora si tratta, vi era una circostanza particolare, che non doveva produrre une decisione diversa dalla profferita.

Antonietta Touzet, maritata Vacher, ch' era in lite cogli eredi Flat, creditori di suo marito, nel dubbio s' ella avesse un'ipoteca esente da iscrizione pe' suoi beni estradotali, aveva venduti, unitamente a suo marito, con atto del 13 *ventose* anno 13 (6 marzo 1805), fondi che le appartenevano, e ch'erano estradotali. Si convenne che la somma pagata dal compratore si sarebbe impiegata dal ma-

rito in compra di fondi certi. Quest' ultimo, per la sicurezza di tale impiego, ipotecò specialmente una casa situata ad Ardes; e, il 19 dicembre 1810, trovavasi già presa una iscrizione a favor del compratore ch' era fratello della sig. Vacher. Ben si vede che questo impiego, e le precauzioni prese riguardavano unicamente quest' ultima. Bisogna sapere che la iscrizione presa dagli eredi Flat sui beni del marito, portava la data del primo di agosto 1807; cosicchè essa era posteriore alla vendita dei beni della moglie fatta colla clausola del reimpiego.

La sig. Vacher pretendeva che, per questo impiego, ella avesse un'ipoteca esente da iscrizione, sui beni del marito, risalendo alla data della vendita. Ella sosteneva questa sua pretensione colla disposizione del 2. paragrafo, num. 2. dell' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile, ov' è detto, che la moglie à ipoteca sui beni del marito pel rinvestimento del prezzo, *dei proprj beni alienati* dal giorno della *vendita*. Ma con ciò facevasi una falsa applicazione di questo articolo: quindi il mezzo fu rigettato dai motivi esposti nella decisione. Poich' essa non trovasi in veruna Raccolta, io credo doverne trascrivere i motivi.

» Attessocchè importa conoscere le conseguenze risultanti dalla combinazione degli art. 2121, 2134, e 2135 ✳ 2007, 2020 e 2021 del Codice civile; che l'art. 2121 ✳ 2007 accorda alla moglie un'ipoteca legale sui beni di suo marito, pe' suoi dritti qualunque, sieno dotali sieno stradotali; che l'art. 2134 ✳ 2020 stabilisce come regola generale, che tutte le ipoteche di qualunque natura, sien legali, giudiziali o convenzionali non prendono il grado se non dal giorno della iscrizione, salve l'eccezioni contenute nell' articolo seguente; che l'oggetto dell' art. 2135 ✳ 2021 è stato quello di determinare queste

eccezioni alla regola generale; che questo articolo à dichiarato che due sole specie d'ipoteche legali esisterebbero indipendentemente da qualunque iscrizione, cioè, quelle dei minori e degl' interdetti sui beni dei loro tutori, e quelle delle mogli sopra gl' immobili de' loro mariti, dal giorno del loro matrimonio: ma che il privilegio di non doversi elleno iscrivere non è generale; che anzi esso è limitato alla dote ed alle convenzioni matrimoniali, che son sempre state le donazioni ed assegnamenti fatti alla moglie in caso di sopravvivenza;

» Che questo articolo è concepito in un senso di eccezione, distinzione, limitazione, inclusione di certe cose ed esclusione di certe altre; e che, allora, l' esecuzione dalla iscrizione à dovuto limitarsi alla dote ed alle convenzioni matrimoniali; talchè tutti gli altri dritti della moglie, e specialmente tutt' i suoi dritti estradotali son soggetti alla regola di doversi iscrivere, non essendo compresi nelle eccezioni a questa regola, quali eccezioni sono state perfettamente spiegate dal legislatore nell' art. 2135 ✳ 2021.

» Attesocchè se il legislatore non avesse voluto limitare l' esenzione dalla iscrizione alla dote ed alle convenzioni matrimoniali, egli non avrebbe fatto uso di un modo di dire conveniente solo ad un' idea di eccezione e limitazione ch' egli aveva in mente; egli avrebbe detto semplicemente che tutte le ipoteche, di qualunque natura, della moglie sui beni di suo marito sarebbero esenti dalla iscrizione: egli si sarebbe quindi contentato di determinare l' epoche legali cui debbono risalire, nel caso previsto nel num. 2, dell' art. 2135 ✳ 2021, e nei due paragrafi che lo seguono; che tanto meno può dubitarsi l' intenzione del legislatore essere stata di limitare l' esenzione dalla iscrizione alla dote ed alle

convenzioni matrimoniali, per quanto la parola *dote* che leggesi nell' art. 2135, richiamava necessariamente allo spirito l' opposto della dote, vale a dire, i beni estradotali, e che ciò nulla ostante non se ne dice una parola in questo art. 2135, quantunque si parli dei beni estradotali in molti articoli del Codice civile, con caratteri molto differenti da quelli attribuiti ai beni dotali, o, che vale lo stesso, alla *dote*.

» Attesocchè non può aversi alcun riguardo agli argomenti prodotti dalla signora Vacher, e desunti dall' aver, negli art. 2140, 2144, 2193, e 2195 ✳ 2025, 2038, 2093 e 2096, detto il legislatore, parlando delle misure proprie a purgar le ipoteche legali delle mogli, *le doti*, *diritti*, *convenzioni matrimoniali*; ch' egli è facile di valutare questa parola *dritti*, riflettendo che negli articoli qui sopra indicati, il legislatore ha voluto e dovuto comprendere non solamente quel che s' intende per *dote* nella regola dotale, ma benanche quel che può intendersi per *dote* nella regola della comunione, e che si è costantemente specificato con più particolarità in questa regola colla parola *diritti*; che bisognava che il legislatore, dovendo ricordare nei medesimi articoli, in un modo complessivo ciò che in un modo distinto enunziavasi nell' art. 2135 ✳ 2021, si fosse servito di un termine generale capace di applicarsi a tutto quello ch' era dotale in ambe le regole; che questo art. 2135 ✳ 2021 si applicava distributivamente alla regola dotale ed a quella della comunione, nel 2.° paragrafo del num. 2.° di questo medesimo articolo, il legislatore avendo fissata l'epoca da cui cominciava a correre l' ipoteca legale della moglie per l' indennità dei debiti da essa contratti con suo marito, e pel rinvestimento del prezzo de' suoi beni proprj alienati, il che non poteva convenire che

nella regola della comunione, si è quindi visto nella necessità di ricordare i dritti della moglie ch' esistono specialmente in questi due ultimi casi, essi han dovuto esser compresi nella parola generica di diritti.

» Considerando che in fatti tutt' i diritti che à la moglie sopra i beni del marito nella regola della comunione sono dotali, poichè rappresentan sempre ciò ch' è dotale, che in effetti l' obbligazione da essa contratta con suo marito, il che si reputa fatta come cauzione di quest' ultimo, caderebbe su i suoi beni proprj, che sono sempre dotali, poichè il rinvestimento del prezzo de' suoi beni proprj alienati, porta sempre necessariamente il carattere dotale; essendo i di lei beni proprj, in questa regola, i beni dotali;

« Che allora la parola *diritti* impiegata susseguentemente, non distrugge la limitazione stabilita dall' art. 2135 ✳ 2021, alla dote e convenzioni matrimoniali; che queste parole fissano l' idea del legislatore;

» Considerando che ciò che prova la giustezza della interpetrazione data all' art. 2135, si è l' uso in esso fatto dal legislatore nel 1.° paragrafo del num. 2 di queste parole, *capitali dotali*. Il legislatore fissa ivi l' epoca particolare alla quale risale l' ipoteca legale della moglie per eredità ad essa deferite, e per le donazioni fattele durante il matrimonio, siccome quest' eredità e donazioni possono consistere in capitali i quali sarebbero dotali della moglie s' essa nella regola dotale si à costituito in dote tutt' i suoi beni presenti e futuri; così egli non tralascia di dire *capitali dotali* per far conoscere la sua idea ch' è esente dall' obbligo della iscrizione quello ch' è dotale. Se il legislatore non voleva esprimere una limitazione di questa esenzione alle sole cose dotali, non si sa vedere per-

chè avrebbe detto *capitali dotali*: questi termini non possono essere scritti che in un senso di esclusione, sotto il rapporto di questa esenzione d'iscrizione in opposizion di ciò che non è dotale: diversamente questa frase sarebbe inutile affatto: essa però vi è affin di stabilire la distinzione tra quello ch' è dotale, e quello che non lo è. Queste espressioni, *capitali dotali*, somministrano un argomento, cui non pare che vi sia nulla di solido ad opporre;

» Attesocchè niun riguardo merita, il motivo che la signora Vacher deduce dalla circonstanza che nella vendita da essa fatta, unitamente a suo marito, de' suoi immobili parafernali, con atto del 13 *ventose* anno 13 (6 marzo 1805), per la somma di 1800 franchi, siasi stipulato che il marito sarebbe tenuto al rinvestimento del prezzo della vendita in fondi certi, e che per sicurezza di questo rinvestimento, il marito abbia ipotecata specialmente una casa situata ad Ardes, e che il compratore per effetto di questa speciale ipoteca, abbia presa iscrizione su questa casa, il 19 dicembre 1810.

» Che il volere applicare a quest' azione di rinvestimento, la disposizione legislativa del 2. paragrafo del num. 2 dell' art. 2135 ✳ 2021, relativa all' ipoteca della moglie pel rinvestimento de' suoi beni proprj alienati, è un sovvertire tutt' i principj, ed un distruggere l' economia della legge;

» Che il rinvestimento del prezzo dei beni alienati, nella regola della comunione, è necessariamente dotale poich'esso rappresenta i beni proprj ch' eran dotali della moglie, laddove nella regola dotale, ch' è quella colla quale la signora Vacher si è maritata, tutte le azioni alle quali può dar luogo la vendita dei beni estradotali, ed un' obbligazione di rinvestimento di prezzo di questi medesimi beni per parte del marito, non sono ch' estradotali,

poichè partecipano della natura dei beni la cui vendita à aperto l' adito a queste azioni;

» Che tanto la condizione del rinvestimento, quanto la sicurezza presa dall' acquirente, fino a che questo rinvestimento si fosse effettuito, concernono unicamente l' interesse della moglie e quello dell' acquirente; ch' esse sono assolutamente estranee ai terzi creditori, e che a fronte di questi i dritti della moglie hanno sempre il carattere di ripetizioni estradotali, per le quali richiedevasi la iscrizione;

» Considerando che il tribunale non dee fermarsi al mezzo attinto dalla influenza del marito, il quale avrebbe potuto vietare la sua moglie di prendere iscrizione sopra i suoi beni; che la moglie la quale tacitamente o espressamente si riserba alcuni beni come parafernali, contrae, per questo solo, l' impegno di vigilare personalmente alla loro conservazione, e deve incolpar se stessa se non lo à fatto; che d' altronde l' interesse pubblico, che in questa materia la legge ripone nell' interesse dei terzi, dee vincerla sulle particolari considerazioni;

» Attesocchè finalmente, se vi fosse dubbio, il che non esiste, sarebbe questo il caso di determinarsi per la pubblicità dell' ipoteca, che forma la base del nostro sistema ipotecario, poichè i casi della esenzione dalla iscrizione cadono nella eccezione, e che l' eccezioni debbono sempre restringersi anzicchè estendersi. »

(Osservazioni sugl' interessi della dote, e sulle spese per la domanda di separazione di beni.)

231. È manifesto che l' ipoteca legale dovendo aver luogo senza iscrizione per la dote, dee dirsi lo stesso per gl' interessi a contar dal giorno in cui cominciano a decorrere. Ciò dipende dal principio

generale che gl' interessi sieguono la sorte del capitale, e che l' ipoteca per gl' interessi prende il grado dell' ipoteca del capitale. A questo riguardo e particolarmente per gl' interessi della dote, io mi sono spiegato interpetrando l' art. 2151 ✳ 2045 del Codice civile nel numero 104.

In ordine alle spese fatte per lo giudizio della separazione dei beni, esse debbono avere la ipoteca col medesimo grado della dote. Le spese sieguono sempre la sorte del principale, almeno nella nostra legislazione. L' art. 2148 ✳ 2042 § 4 del Codice civile fa sparire la diversità di giurisprudenza che a questo riguardo aveva luogo prima del Codice. Le parole di questo articolo, *come pure la somma degli accessorj di questi capitali*, non possono applicarsi che agl' interessi ed alle spese. Io ò osservato che i tribunali han così deciso, senz' alcuna difficoltà. In seguito ò avuto conoscenza di una decisione della Corte di cassazione, del 13 novembre 1820 per una questione insorta intorno alle spese fatte per un giudizio di separazione di beni. Denevers *anno 1821*, *pag. 60*. Nondimeno, la quistione non è stata decisa, perchè la decisione impugnata, aveva giudicato, per circostanze particolari di cui non debbo occuparmi, che per la dote reclamata, non vi era ipoteca legale. Per effetto di questa decisione doveva dirsi lo stesso delle spese fatte per un giudizio di separazione di beni. La decisione fu annullata per la quistione principale che riguardava la legalità. La Corte di cassazione rinviò la quistione secondaria alla stessa Corte che doveva decidere in merito. Cosicchè questa decisione non offende la quistione secondaria, e conviene attenderne la ulteriore decisione.

Ma allogar le spese del giudizio di separazione nello stesso grado dell' ipoteca della dote, sembra essere secondo i principj. Tutto ciò che produce

la conservazione e condanna dell'oggetto principale, partecipa dei privilegj annessivi. Se fosse diversamente, la dote della moglie potrebbe trovarsi diminuita e sovente ancora annientata. Ed ecco quello ch' è stato deciso, pei motivi da me indicati, dalla decisione della Corte reale di Riom, del 4 marzo 1822, da me rapportata nel numero precedente. Questa decisione aggiudica alla moglie, collo stesso grado dell' ipoteca della dote, le spese di una convenzione stipulata col marito, per la ragione che questa convenzione si proponeva la liquidazione de' suoi diritti, e l' esecuzione della sentenza di separazione di beni ch' ella aveva ottenuta contra suo marito.

Da ciò che si è detto deriva che, se si fosse trattato di cose per le quali la moglie avrebbe un'ipoteca legale, ma soggetta alla iscrizione, gl' interessi e le spese fatte pel giudizio di separazione, o altrimenti, prenderebbero il grado dell' ipoteca del capitale, vale a dire, risalirebbero al dì della iscrizione del capitale.

(Quale ipoteca compete alla moglie sopra i beni del marito pei suoi dritti parafernali. Quale n' è la natura? Quale l' epoca?)

232. Onde avere un' idea compiuta dell' ipoteca annessa ai dritti delle mogli sopra i beni dei loro mariti, rimane ad esaminare, se la moglie deve avere un'ipoteca legale pei suoi dritti parafernali, qual' è la natura di questa ipoteca, e qual'è l'epoca alla quale risale.

Le leggi del Digesto non accordavano alla moglie l' ipoteca legale per la sua dote: ben si scorge adunque ch' esse non gliel' accordavano pei beni parafernali. Giusta la legge 9, *de jure dotium*, essa, pei beni parafernali affidati al marito e che questi si niegava a restituire, non vantava contro di lui

che l'azione stabilita dalle leggi contra i depositarj ed i mandatarj. *Depositi vel mandati agi poterit.* La legge *unica Cod., de rei ux. act.* è la prima, come l'ho già detto, colla quale Giustiniano accordò alla moglie l'ipoteca legale pe' beni dotali; e il medesimo imperatore, che specialmente si compiacque di dar la maggiore estensione ai dritti delle mogli sopra i beni dei mariti, accordò loro, in forza della legge *si mulier, Cod. de pactis conventis de dote*, l'ipoteca legale pel ricupero dei capitali estradotali. Risulta da questa legge che, se il contratto di matrimonio conteneva una clausola da cui appariva, la moglie avere affidati al marito beni parafernali, clausola della quale si trova un esempio nella legge *9 de jure dotium*, la moglie per lo ricupero di questi beni doveva avere un'ipoteca a contar dal dì del contratto di matrimonio, e che se tale clausola non trovavasi nel contratto di matrimonio, doveva aver del pari un'ipoteca legale, ma solo dal dì nel quale il marito aveva ricevuti quei beni. *Expræsenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit.*

In quanto al Codice civile, il legislatore, negli art. 1575 e 1576 ✳ 1388, e 1389, suppone che la moglie amministri essa medesima i suoi beni parafernali. Nondimeno è possibile che per convenzione o senza, ed anche contra il voler della moglie, il marito esiga i capitali appartenenti a questa, e, per loro natura, parafernali; ora non è giusto che in questo caso la moglie non vanti un'ipoteca legale. Sarebbe metterla in una molto rigorosa circostanza, obbligandola ad ottener da suo marito un titolo ch'esso potrebbe negarle, ovvero ad ottenere una sentenza dal tribunale. È questo pure il risultamento dell'art. 2121 ✳ 2007, come

l'ho di già fatto conoscere nei numeri precedenti. Questo articolo accorda alla moglie un'ipoteca legale per tutt'i di lei dritti indistintamente; ed io non saprei approvare l'opinione contraria enunziata dal signor Planel, verso la fine della dissertazione di cui ho fatto parola. Laonde le Corte reale di Tolosa, nella decisione da me citata, à ammessa l'opinione che la moglie à un'ipoteca legale per ripetere i beni parafernali dal marito, e il principio di questa opinione si deduce dall'art. 2121 ✳ 2007; e questa Corte à pure saggiamente stabililito che tale ipoteca, sebben legale, era sottomessa alla formalità della iscrizione, giusta l'art. 2135 ✳ 2021 ben inteso.

Quindi la moglie, in questo caso, ha un'ipoteca legale, ma dal dì solamente in cui il marito ha ricevute le somme o capitali. Siffatta limitazione riceve nuova forza dall'analogia ch'esiste tra questo caso e quelli enunziati nella 2 e 3 parte del § 2 dell'art. 2135. Di più; questa ipoteca non prendendo il suo grado che dal dì della iscrizione, la moglie deve soddisfare a questa formalità il più presto possibile, dopo che dal marito si son ricevute le somme o capitali parafernali. Io vado anche più oltre; credo senza difficoltà che quando il contratto di matrimonio, stipulato prima del Codice civile, contenesse una clausola colla quale si dica, che pei capitali estradotali, ricevuti in seguito dal marito, la moglie avrebbe, per ripeterli, un'ipoteca dal dì del contratto di matrimonio, pure, per le somme o capitali ricevuti dal marito dopo la pubblicazione del Codice civile, la moglie non può vantare ipoteca se non dal giorno in cui il marito gli à ricevuti; ecco quale sarebbe ancora il risultamento della 2.ª e 3.ª parte del § 2 di questo art. 2135 ✳ 2021, senza che vi fosse stato difetto di retroattività. Ciò dipende da due principj di dritto

ch' io tratterò in prosieguo, e che si ricongiungono alle medesime regole.

La Corte reale di Riom, 1.ª camera, à giudicato, conformemente a questi principj, con una decisione del 5 febbrajo 1821, che la moglie aveva un' ipoteca legale per le sue ripetizioni estradotali.

Ma l' esame della quistione, se questa ipoteca legale era o no esente dalla iscrizione, diviene inutile, mentre, nella specie della decisione, la moglie aveva presa una iscrizione sui beni del marito, prima del creditore che voleva asser preferito. Questo creditore si opponeva alla legalità dell' ipoteca per le ripetizioni estradotali; ma nella ipotesi dell' esistenza di questa legalità, egli elevava una quistione che giova conoscere come quella che ci farà anche meglio approfondare i principj sulla materia. Egli pretendeva che almeno la moglie non aveva potuto prendere un' iscrizione in conseguenza di una sua semplice assertiva di aver suo marito ricevuto, durante il matrimonio, una somma o capitale estradotale, così dichiarato nel contratto di matrimonio, quantunque essa non l' avesse affidato alla custodia di suo marito: essa l' aveva messo nelle mani di un terzo dalla quale il marito l' aveva ritirato. Il creditore sostenea che la iscrizione doveva essere almeno sostenuta da un titolo che dimostrasse la riscossione fattane dal marito; e, nella specie, questo titolo non esistea, talchè la quistione era delicata.

Non sarebbe stato senza fondamento se si fosse detto in favor della moglie, ch' è della natura dell' ipoteca legale, in questo caso, di non aver bisogno di titolo, nè di sentenza: che la moglie poteva sempre fare un atto conservatorio, il quale era piucchè sufficiente per avvertire coloro che volevan contrattare col di lei marito, a stare in guardia, salvo quindi a prendersi per parte del marito le necessarie misure onde ottenere, se vi fosse luogo,

la radiazione delle iscrizioni, senza di che la moglie rimarrebbe sovente esposta a perdere i suoi dritti estradotali. Ma quello che appiana ogni difficoltà, anzi le dilegua, si è la circostanza che dietro i reiterati rifiuti del marito di voler riconoscere la somma da lui riscossa essendo insorta una lite a questo riguardo, fu fatta una pruova dalla quale risultava di aver il marito riscosso il denaro estradotale, al pagamento del quale fu condannato in seguito con sentenza che fece passaggio in cosa giudicata. L' iscrizione della moglie era stata presa pochi giorni dopo della pruova, ma prima della sentenza. La Corte reale opinò ch'era impossibile di non aver riguardo a questa pruova giudiziaria che aver dovea la stessa forza di un titolo per parte del marito, dalla quale si stabiliva la riscossione del capitale parafernale.

Ma tutto quello che da me si è detto riguarda i soli capitali di natura parafernali. Se si trattasse dei frutti o rendite di questi beni esatte dal marito in forza di procura datagli dalla moglie, col peso di rendersene conto, allora convien seguire un altro principio, ed ecco l' oggetto della limitazione da me annunziata nel num. 229, che dee farsi alla regola, l' ipoteca legale militare in favor della moglie per tutt' i suoi dritti di qualunque natura. Questo principio si ricava dall' articolo 1577 ✳ 1590 del Codice civile. Ivi si dice che in questo caso il marito sarà tenuto verso la moglie *come qualunque altro procuratore*. Queste parole fan conoscere ogni esclusione d' ipoteca; e rimangono i soli mezzi coi quali può ottenersene una da qualsivoglia mandatario. Ecco il punto di vista sotto al quale riguardava il sig. Tarrible questo articolo, nella sua opinione precedentemente riferita. Convien anche osservare che stante il modo

col quale è concepita la legge *si mulier*, non si è voluta accordare l' ipoteca legale se non pei capitali estradotali della moglie, riscossi dal marito. La parola *pecunias* che si rinviene nello squarcio di sopra citato, si riferisce a quella di *sortis* che precedentemente si trova nel testo della legge. Si sa che se la moglie avesse un' ipoteca legale pe' frutti e rendite di beni estradotali percepiti dal marito, ne risulterebbero bene spesso delle frodi a danno de' creditori.

(Dell' epoca dell' ipoteca legale della moglie pe' capitali dotali riscossi dal marito durante il matrimonio.)

233. Una decisione della Corte di Cassazione del 4 gennajo 1815, Denevers, *lo stesso anno*, *pag.* 112, à giudicata una controversia relativa alla data dell' ipoteca della moglie per una esazione fatta da suo marito in nome di essa. Ma la specie e le circostanze non sono abbastanza conosciute perchè questa decisione possa dirsi utile in giurisprudenza.

Convien distinguere i casi nei quali le decisioni dovrebbero essere diverse; ma io non mi occuperò più di quel che concerne la riscossione di capitali estradotali fatti dal marito; io ne ho già parlato.

Se si trattasse della riscossione fatta dal marito, durante il matrimonio, della somma costituita in dote alla moglie quando si maritò, è certo che allora l' ipoteca legale risale al giorno medesimo del matrimonio, e non al giorno della riscossione. La legge 1. ff. *qui potiores* ec. è precisa per questo caso: *Non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis.* Nondimeno, è chiaro che questa decisione si riferisce particolarmente al caso in cui la dote, giusta il contratto di matrimonio, dovrebbe sborsarsi subito e senza alcun

termine; ed ove vi fossero dei termini, potrebbe chiedersi se, allora, l'ipoteca dovrebbe risalire al contratto di matrimonio, o al dì dei pagamenti. La ragione di dubitare si è che secondo lo spirito di questa legge, come secondo quello della legge 1. *Cod.*, *de dote cauta* ec., il marito, il quale si è obbligato alla restituzione della dote, ch' egli non à potuto farsi pagare, si ha come se non avesse obbligati i suoi beni prima dell' effettivo pagamento, laddove l' ipoteca dev' essere adempiuta contra il marito dal dì della obbligazione di restituire, quando non è dipeso che da lui di aver la somma promessagli.

Ma nella nostra legislazione non si è mai osservata siffatta distinzione, almeno per la dote. Vi sia o no un termine al pagamento, il contratto di matrimonio contiene, di dritto, l' obbligo del marito di restituirla, e tutt' i suoi beni son gravati dall' ipoteca legale dal dì del matrimonio. L' art. 2155 ✳ 2021 del Codice civile accorda l' ipoteca legale, esente da ogn' iscrizione, *alla dote*. Ora tutto quello ch' esiste al tempo del matrimonio è dote. Questa decisione assoluta non permette di discendere alle distinzioni del dritto sulla sorte delle ipoteche annesse ad obbligazioni condizionali. L' obbligazione di quello che promette la dote, anche con un termine, produce ipoteca dal dì nel quale fu promessa, salvo a renderla efficace per mezzo della iscrizione. Dee dirsi lo stesso circa la restituzione per parte del marito, ma colla esenzione, a motivo del privilegio della moglie. Vi dev' essere reciprocanza, come il dice Coquille, sull' art. 18 del capitolo 3, della costumanza del Nivernese.

Quello ch' ora ò detto, va praticato pe' motivi medesimi, nel caso in cui le somme riscosse dal marito, durante il matrimonio, derivassero da titoli ed obbligazioni di proprietà della moglie, e

costituitele in dote. Vale la stessa decisione per le restituzioni fatte al marito di canoni e rendite costituite, di proprietà della moglie a tempo del matrimonio. Se il marito avesse fatto prescrivere queste rendite, ne sarebbe risponsabile verso la moglie; e per la medesima risponsabilità vi sarebbe un' ipoteca dal dì del matrimonio. Poichè il marito à riscossi i capitali, in qualunque epoca l' abbia riscossi, non per questo non dee dirsi lo stesso.

La moglie, non avendo ipoteca, giusta l' art. 2135 ✻ 2021 del Codice civile, per lo rinvestimento de' suoi beni alienati se non dal dì della vendita, non deesi conchiudere che pe' suoi capitali di rendite ricomprate e riscosse dal marito, ella abbia l' ipoteca dal dì di questa ricompra. Non vi è somiglianza tra un caso e l' altro. Quale n' è la ragione? Basnage, *Traité des hypotheques chap.* 12, *pag.* 225, e 230, *edict. in* 12, ne dà una solidissima. La ragione, dice egli, della differenza tra queste specie di ricompre di rendite, ed il rinvestimento dei beni alienati, si è che la ricompra delle rendite di proprietà della moglie, fatta da di lei debitori, presso il marito, in qualità di amministratore dei beni della moglie, si ha come una vendita forzata, essendo sempre in facoltà del debitore di liberarsene, e non essendo in arbitrio del creditore di ricusare la ricompra della rendita, laddove l' alienazione che si fa, durante il matrimonio, pei beni della moglie, è volontaria e libera per parte sua, poichè non può farsi senza il di lei consenso. Laonde questo autore attesta ch' era un uso costante, nel parlamento di Parigi, che in tutte le graduazioni si accordava alla moglie per le sue rendite l' ipoteca e la preferenza medesima che se le accordava per la dote, *di cui può dirsi che le indicate rendite faccian parte, specialmente quando esse appartenean si alla moglie prima del matrimonio.*

Dicasi lo stesso, secondo l' avviso dell' autore medesimo, *pag.* 230, del caso in cui la moglie avesse sottoscritta lo quietanza unitamente a suo marito. « La firma della moglie sulla quietanza non dice nulla: essa è una dimostrazione che il marito à riscosso il denaro: ma non è un' alienazione della cosa fatta dalla moglie al debitore. La ricompra delle rendite non è un' alienazione, ma è solo una risoluzione del contratto, ed un ritorno delle cose al primiero stato, poichè dopo di ciò nulla più rimane della rendita. »

Nel solo caso in cui le rendite derivassero da eredità deferite alla moglie, o da donazioni fattele durante il matrimonio, e le rendite fossero dotali, il che si verificherebbe se vi fosse stata una costituzione di dote di tutt' i beni presenti e futuri, in questo solo caso non vi sarebbe ipoteca legale esente dalla iscrizione se non dal giorno dell' apertasi successione, o dall' effettuita donazione. Si deve anche osservare che quando le rendite si fossero soddisfatte al marito dopo l' apertura della successione, o dopo la donazione, l' ipoteca risalirebbe a quest' epoche medesime; mentre dal momento dell' apertura della successione o dell' effettuita donazione, le cose essendo dotali, il marito n' è divenuto l' amministratore, ed à contratta una risponsabilità per l' avvenire.

Ma se si trattasse di capitali che al tempo del matrimonio non eran di proprietà della moglie, che li perverrebbero in forza di un nuovo dritto, come per effetto di qualunque azione rescissoria da essa esercitata, e che gli avesse riscossi suo marito, l' ipoteca della moglie allora risalirebbe al giorno della riscossione fattane dal marito. A queste ripetizioni non può attribuirsi una ipoteca anteriore alla loro esistenza. La moglie non ha dunque ipo-

teca, a questo riguardo, che dal dì della riscossione, la quale costituisce l' amministrazione e la risponsabilità del marito. Il che viene esattamente spiegato da Henrys, in seguito delle leggi ed autorità ch' egli rapporta, lib. 4, chap. 34. Questa opinione, nell' attuale nostra legislazione, acquista un nuovo grado di forza, almeno per analogia, con ciò ch' è detto nella 2. e 3. parte del §. 2. dell' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile. È pure la medesima cosa, o che i beni ricevuti dal marito sieno estradotali, o dotali, nel caso che vi fosse stata una costituzione di dote di tutt' i beni presenti e futuri. Ma vi sarebbe questa importante differenza, che nel primo caso l' iscrizione sarebbe necessaria, stante il principio ch' io credo che debba ammettersi, che pei beni estradotali, l'ipoteca legale non è esente dalla iscrizione, laddove nel secondo nol sarebbe.

Finalmente, l' art. 1543 ✳ 1356 del Codice civile prescrive, a differenza del dritto romano, che durante il matrimonio la dote non potrà essere costituita o accresciuta (a): le convenzioni matrimo-

(a) La legge romana disponeva il contrario. *Pacisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet. Dig. lib. 33, tit. 3, de pact. dotal. leg. 1.* Forse la bontà degli antichi costumi non fece incontrare difficoltà per l' applicazione di questa legge. Ma poichè l' esperienza dimostrò che i costumi non eran più quelli de' tempi andati, e che la libertà di costituire ed aumentar la dote durante il matrimonio, favoriva le frodi dei poco onesti mariti che, abusandone, costringevan le mogli ad una costituzione ed aumento di dote nociva ai di lei interessi, allora, discusso in Francia l' art. 1543, fu adottato il principio, che, durante il matrimonio, la dote non poteva essere costituita ed accresciuta. È chiaro che il dritto romano, ed il Codice civile corsero agli estremi. Non fu così fra noi. L' art. 1356 delle leggi civili, per ovviare agli abusi ed alle frodi che potevan commettersi dai mariti, pre-

niali debbono essere regolate da un solo atto, che preceda la celebrazione del matrimonio. Laonde le somme ricevute a titolo di nuova costituzione o di aumento di dote, o per qualsivoglia altro titolo, come, per esempio, di riconoscenza, o di *confessione* di dote, espressione di cui alcuni autori sogliòn far uso, non godranno l' ipoteca se non dal giorno della riscossione fattane dal marito, con iscrizione o senza a seconda che sono dotali o no. Ma, in quest' ultimi casi, la moglie dee sempre dimostrare donde queste somme le sian pervenute: *unde habuerit*; senza di che i creditori sarebbero nel dritto di farle rigettare, mentre questa specie di atti potrebbero riguardarsi come fatti in frode de' loro crediti, o come donazioni clandestine fatte alla moglie. È per questo motivo che la Corte reale di Tolosa, con decisione del 23 decembre 1818, *Denevers anno 1819, pag. 29. sup.*, ha rigettata una domanda fatta da una moglie per esser graduata per 6000 fr. che, con atto notariale, dicevasi averli ricevuti il marito, durante il matrimonio, per conto

---

scrisse che durante il matrimonio, la dote non possa essere costituita od accresciuta *da' conjugi stessi*: ma permise che potesse essere accresciuta o costituita da altri, come quelli che non destavano le medesime inquietudini che potevano essere destate dai conjugi. E siccome in questo caso i terzi potrebbero essere indotti in errore, non rilevando dal contratto di matrimonio il supplemento o la nuova costituzione della dote, così il legislatore à provveduto che se la dote, accresciuta o costituita durante il matrimonio consista in danaro o in fondi stimati con dichiarazione di trasferirsene la proprietà al marito, la moglie non godrà per essa dell' ipoteca legale se non dal giorno della iscrizione. Ma chi dovrà prendere in questa circostanza la iscrizione? Noi esamineremo questo punto importantissimo in una dissertazione che ci proponghiamo di scrivere sulle ipoteche legali.

di sua moglie, da un zio di essa. Il rigetto della domanda fu fondato sulla niuna pruova della numerazione reale di siffatta somma. Tutto ciò si riferisce a circostanze di frode che forman sempre eccezione alla legge. Del resto si può consultare Bretonnier ad Henrys, *loco citato*, e Mathèus *de afflictis*, decis. 402.

(Di alcune difficoltà insorte anticamente, e che insorger possono anche oggi, sulla necessità dell' autenticità delle quietanze delle doti.)

234. Ma per formarsi idee anche più precise sugli effetti delle quietanze delle doti delle mogli, rilasciate dal marito, in ordine all' ipoteca che dee risultarne sui beni di lui, è indispensabile di conoscere le difficoltà insorte a questo riguardo, molto tempo prima del Codice civile, e che potrebbero insorgere ancora sotto l'impero del Codice mentr' esso non contiene su di ciò regole stabili.

I pagamenti della dote, dovevano esser provati per mezzo di quietanze? Queste quietanze dovevano esser fatte per man di notaro, o dovevano ricevere l' autenticità in altra guisa, *sotto pena di nullità*? Nell' affermativa, la moglie doveva perdere la sua dote, almeno a fronte dei creditori del marito, che concorrevano insieme con essa? Ecco le quistioni, che hanno agitati lungamente i tribunali, e sulle quali noi non temiamo di dire di esservi stata una lunga abberrazione di principj.

Origine di queste difficoltà si era, da un lato, la disposizione dell' art. 130 dell' ordinanza del 1629; e dall' altro la disposizione di una dichiarazione del 6 marzo 1696. Colla prima dicevasi: « Ogni quietanza di dote sarà fatta davanti notaro, *a pena di nullità riguardo ai creditori soltanto*: » colla seconda si prescriveva che le quietanze per la dote fossero stipulate per man di notaro.

Intorno all' ordinanza del 1629, si sosteneva non doversene tener conto, dapoichè in molti parlamenti del regno, e specialmente nella giurisdizione del parlamento di Parigi, quest' ordinanza, non aveva mai avuto vigor di legge. Per ciò che concerne la dichiarazione del 1696, questa combattevasi, e per essere di un carattere finanziere, e perchè d' altronde, essa non disponeva a pena di *nullità*, e che le nullità non si suppliscono. Si andava anche più oltre; per la parte riguardante la *nullità*, s' impugnavano in una volta, tanto l' ordinanza del 1629, quanto la dichiarazione del 1696. Dicevasi che questa dichiarazione è posteriore all' ordinanza del 1629, e che non avendo pronunziato a pena di *nullità*, ne risultava una derogazione a quell' ordinanza. Ciò non per tanto questi mezzi in loro medesimi eran troppo deboli. In effetti, se la dichiarazione del 1696 non diceva espressamente *a pena di nullità*, essa pronunziava questa penale, almeno virtualmente, poichè nell' art. 8 vi si diceva che le quietanze della dote, e le ricevute rilasciate per effetto della stessa, sarebbero state fatte avanti notaro, *a pena di esser privato de' privilegj ed ipoteche.* Ma quello che distruggeva la forza di queste due leggi si era la loro redazione, tanto pessima che non era possibile di farle osservar letteralmente senza commettere evidenti ingiustizie, ed impedire che cadessero in disuso.

In fatti, volevansi evitar le frodi prescrivendosi l' autenticità della quietanza della dote: ma la moglie doveva rimaner vittima per non poter presentare tale quietanza? È manifesto che sovente il marito avrebbe potuto negarle la quietanza, o la ricevuta di quel ch' egli aveva riscosso per conto di lei, da terze persone o da lei medesima. Ed in questo caso la perdita della dote di lei era una conseguenza sulla quale non si potean chiuder gli

occhi. D'altronde, l'autenticità della quietanza era un mezzo per ovviare le frodi? Una quietanza per man di notajo poteva essere simulata al pari di ogni scrittura privata. Bisognava quindi ricorrer sempre ai mezzi atti a verificare se, per le circostanze, vi era o no stata frode. Bisognava pure ammettere le pruove ed anche la testimoniale, affin di stabilire la ricezione fatta dal marito delle cose appartenenti alla moglie, e la loro realtà.

Nondimeno, autori di vaglia, opinavano per la rigorosa osservanza dell'ordinanza del 1629, e del 1696, e specialmente Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions*, *part. 2*, *chap. 8*, *pag. 180*. Lo stesso avveniva per alcune Corti: il principio veniva da altre modificato. Ma dalla giurisprudenza ch'esse formarono non ne derivano idee molto chiare. Si rimane di ciò convinto consultando le decisioni riferite su questa controversia nel *Répertoire de jurisprudence* alla parola *Dot*, § *3*. In fine, questa giurisprudenza acquista stabilità e chiarezza, per una decisione celebre in questa materia profferita dal parlamento di Parigi, il 3 settembre 1781. Questa decisione fece tanta impressione, e rettificò siffattamente le idee, ch'io credo doverla mettere sotto gli occhi dei lettori rapportandola in una nota (a).

(a) Io conosceva questa decisione sul racconto che ne fa Roussille, *Traité de la dot*, in un'addizione alla pag. 201 del tomo 2. ch'egli à poi trasportata alla pagina 367, dello stesso tomo, prima ch'io avessi osservato ch'essa era benanche riferita nel *Répertoire de jurisprudence*, *loco citato*, num.° 7. Scelgo quella riferita dall'autore del *Traité de la dot*, perchè molto più breve. Ove occorra, può però consultarsi quella del *Repertoire*.

Ecco intanto quel che dice Rousille, il quale enunzia la specie ed i mezzi impiegati dall'una e dall'altra parte.

Ne deriva, che conviene abbandonare i principj attinti dall' ordinanza del 1629 e dalla dichiara-

---

« La sig. Guerin di Villeneuve, maritata nel 1755 » al sig. Cudel, cavaliere dell'ordine di S. Luigi, avendo » fatto, nel 1773, pronunziare la separazione dei beni, » e la restituzione de' suoi diritti dotali, i sig. Guitton, » Frecourt e Pernin, creditori del marito, pretesero che » la quietanza della dote, scritta nel 1766, fosse nulla, » perchè fatta con *iscrittura privata durante il matrimonio*, e sostennero che la dote, o non era stata pagata, » o, se l'era stata, la sig. Villeneuve si aveva preso il » denaro, e non poteva più riprenderlo, in forza del giudizio di separazione, dai beni di suo marito. Eglino accumulavano circostanze e presunzioni di frode, dimodocchè sull' appello prodotto avverso una sentenza del » baglivo (giudice regio) di Macôn, fu profferita una decisione, nel 29 agosto 1778, dalla seconda camera delle » appellazioni, sul rapporto del sig. *Tanlay*, che rinviò » le parti al regio giudice, per discutere le opposizioni » relative alla nullità della quietanza della dote, mentre » un incidente di rito non permise che si fosse giudicato » diffinitivamente sul merito.

» Una sentenza, del 13 giugno 1780, giudicò che » la quietanza era valida, e fece dritto alla domanda della restituzione della dote e convenzioni matrimoniali. » Se ne produsse appello, e i creditori sostennero che la » decisione del 1778, era un giudicato dal quale il baglivo (regio giudice) non poteva allontanarsi; ch' essa » anzicchè metterc al coverto la quietanza dai sospetti di » frode che la circondavano, dava a questi sospetti una » forza novella; che la nullità di una carta di questo genere, presunta frodolenta in se medesima quando è fatta » *costante matrimonio*, era anche formalmente pronunziata » dall' art. 130 dell' ordinanza del 1629, registrata tanto » nel parlamento di Parigi, innanzi a cui le parti litigavano, quanto in quello di Dijon nella giurisdizione del » quale gli sposi avevan contrattato, ed avevano il loro » domicilio, ed i beni soggetti all'ipoteca della dote. Essi » invocavano pure la dichiarazione del 19 marzo 1696, » e citarono Louet, Papon, Basset, Expilly, Bacquet, » ed il Dizionario delle proprietà, come quelli che am-

zione del 1696. Bisogna attenersi a quel che diceva Denisart, anche dopo di aver esso citate mol-

---

» mettevano per massima incontrastabile, le quietanze della » dote fatte con iscrittura privata, esser nulle a fronte dei » creditori. Eran questi i mezzi sviluppati in due memo» rie impresse dal sig. Charpentier di Beaumont, avvo» cato dei creditori.

» Il sig. Robin di Mozas, incaricato della difesa della » sig. Villeneuve nella causa in appello, rispondea che » il pericolo da lei corso di perdere la sua dote, era il » frutto di una cattiva difesa, che aveva dato alle oppo» sizioni dei creditori un manifesto vantaggio, ed aveva » dato anche occasione alla decisione del 1778; ma che » la Corte ritornerebbe facilmente alla verità, ove fosse » questa presentata nel suo vero lume, e si fosse messo » sotto ai di lei occhi un quadro fedele dei fatti e degli » atti, che le si eran lasciati ignorare. Convien distin» guere, ei diceva, il caso in cui il contratto di matri» monio contiene, come nel nostro, la promessa di una » dote certa, con un termine al pagamento, e nel qua» le si vede una quietanza, rilasciata dal marito in con» seguenza di questo contratto, quando i debitori della » dote gliela pagano, e soddisfano la loro obbligazione; » dal caso in cui il contratto di matrimonio non con» tenendo nulla di simile, il marito dichiara, durante il » matrimonio, di aver ricevuta una data quantità per la » dote di sua moglie: allora potrebbe presumersi una li» beralità mascherata tra i conjugi, ed un mezzo esco» gitato per frodare i creditori, e procurare alla moglie » di togliere ad essi i beni del suo marito. Si sarà allora » ridotto alla necessità di mostrare ai creditori qual'è stata » l'origine della dote, e donde i denari sono stati presi; » si eleverà la controversia *unde mulier habuit*, e non » potendosi dimostrare la verità e sincerità della quie» tanza, sarà tenuta per fraudolenta e nulla a fronte dei » terzi che non hanno avuto parte alle frodi.

» Ma la specie è diversa: la madre della sig. Ville» neuve le à costituito nel contratto di matrimonio una » determinata somma, di cui ella promette di corrispon» dere l'interesse fino al pagamento che si riserba di fare » in tutte o in parte, allorchè le perverranno dei fondi,

tissime decisioni pronunziate, su questa controversia. « Queste diverse decisioni, si diceva; pro-

---

» o per mezzo di vendite, o per mezzo di restituzione » di capitali. Dagli atti si ha che questi due avvenimenti » si sono verificati, e che appena la madre à avuto i » mezzi, à pagata al marito l'intera dote promessa, e si » è contentata di ritirarne una quietanza con iscrittura » privata, ch'è anche molto particolarizzata, e forma una » specie di transazione tra la suocera ed il genero. Quin- » di il contratto di matrimonio, gli atti, e i documenti » dai quali vien dimostrato il modo in virtù di cui la » debitrice si à procurati i fondi necessarj per la sua li- » berazione, formano una catena di pruove che stabili- » scono in una volta l'origine del denaro servito per » soddisfar la dote, la sincerità della quietanza, e la cer- » tezza della sua data; il che esclude ogni supposizione » di frode, di simulazione, o di mascherata liberalità. » Dopo di ciò è assurdo il dire che la moglie siasi im- » padronita del denaro della dote, o l'investigare l'im- » piego fattosene. Basta rispondere che la moglie la quale » trovasi sotto all'autorità del marito, non dee dar conto » alcuno; il marito, l'à ricevuto, e quand'anche fosse stata » la moglie, la presunzione di dritto sarebbe, *tamquam* « *potentior*, il marito essersi impadronito de'denari della « dote.

» Laonde, nella ipotesi precisa nella quale si presenta » la contestazione, la quietanza con iscrittura privata è » tanto valida quanto quella con atto pubblico: è questa » la distinzione essenziale fatta da Basnage, dal famoso » Coquille, da Vaslin, Brillon, Bretonnier, Augeard, ec: » essa sola basta per rispondere alle autorità citate nelle » memorie de' contrarj.

» Si passava quindi a discuterle; se ne faceva co- » noscere la loro inapplicabilità; si rispondeva all'art. 130 » dell'ordinanza del 1629, dicendo che dalle testimo- » nianze di Brillon, e Bretonnier risultava che questo ar- » ticolo non si eseguiva neppure nei tre o quattro parla- » menti ch'erano stati costretti a registrare quest'ordinan- » za; che la dichiarazione del 1629 non era che una legge » finanziera, la quale d'altronde nulla stabiliva sulle quie- » tanze della dote; che il Dizionario delle proprietà era

vano che questa sorta di cause dipendono molto dalle circostanze, non essendovi regole certe che le diffiniscano. » L' autenticità della quietanza della dote è indifferente. Autentica o no che sia, è essa sincera? Può riputarsi fraudolenta a fronte dei creditori in seguito di alcune circostanze di frode articolate? Ecco il punto essenziale. L' esistenza di qualsivoglia quietanza, o ricognizione, non è sempre necessaria. Il magistrato dee proteggere la moglie che non ha potuto procurarsela. Esso può supplirvi colle pruove testimoniali, non trattandosi di convenzioni, ma di fatti la cui certezza in iscritto è spesso indipendente dalla di lei volontà. Ella, per le sue ripetizioni, liquidate e stabilite che siano in un

---

» stato fatto collo stesso spirito di fiscalità, e che avrebbe » voluto render soggetto ad un *controllo* anche le più piccole obbligazioni dei cittadini; che la citazione di Denisart, il quale non fa che rapportare l' ordinanza del » 1629, senza incaricarsi dei reclami di tutt' i parlamenti, » non avea più vigore; e si passava quindi a far conoscere il vero senso dell' ordinanza. Si faceva anche conoscere che la moglie non poteva esser pregiudicata dacchè » era piaciuto alla madre ed al marito di contentarsi di » una quietanza con iscrittura privata; che quand' anche » fosse stato possibile di annullar questo titolo, la moglie non per questo non avrebbe potuto ricorrere sui » beni del marito, che non potrebbe mai smentire la sua » propria quietanza, e che l' ipoteca di quest' azione, risalendo all' epoca del matrimonio, produrrebbe lo stesso » effetto, ed escluderebbe in conseguenza i creditori i più » antichi dei quali vantavano una data posteriore alla stessa » quietanza della dote. Quindi si passava a rigettar tutte » le particolari presunzioni di frode da essi opposte. Sopra » questi mezzi di difesa, nella stessa camera, sul rapporto » dello stesso magistrato, fu profferita la decisione del 3 » settembre 1781, la quale conferma la sentenza, e condanna i creditori a tutte le spese del giudizio a favore » della signora di Villéneuve.

*

modo qualunque, ha un' ipoteca sui beni del suo marito. L' epoca alla quale l' ipoteca risale dev' essere determinata secondo che ànno esistite queste ripetizioni, nel tempo che si contrasse il matrimonio, o dall' apertura di qualch' eredità deferita alla moglie, o dalla donazione fattale durante il matrimonio. Finalmente l' ipoteca per siffatte ripetizioni è indipendente dalla iscrizione, ovvero sottoposta a questa formalità secondo il loro carattere dotale, o estradotale, giusta i principj da me già sviluppati in questa sezione.

Per viemmeglio sostener quello che ò detto si possono tirar delle induzioni da due decisioni della Corte di cassazione, l' una del 1. febbrajo 1816, e l' altra del 16 luglio 1817, che si trovano nella terza edizione delle *Questions de droit*, del sig. Merlin alla parola *Hypothèque §. 3, num. 3.* Colla prima la Corte di cassazione ha rigettato un ricorso prodotto avverso una decisione della Corte reale di Caen sul motivo che « il contratto di matrimonio della signora Savary non era stato preso in considerazione, relativamente all' ipoteca che si era fatta risultare unicamente dalla disposizione della legge, ma solo per istabilire *la certezza delle quantità ed effetti mobiliari da essa recati a suo marito;* che a questo riguardo il contratto di matrimonio, sebbene fatto con iscrittura privata, e registrato posteriormente alla pubblicazione del Codice civile, aveva potuto sembrar sufficiente a dimostrarli, perch' esso ne conteneva la particolar descrizione, ed anche perchè la sua data anteriore alla pubblicazione del Codice, era divenuta certa per la morte di una delle parti sottoscritte, avvenuta prima di questa pubblicazione; inoltre, perchè nella decisione impugnata dicevasi di non essersi articolato *niun fatto* fraudolento, contra le stipulazioni di questo atto; e che in fine i dritti della sig. Savary

erano stati riconosciuti, sia colla sentenza di separazione di beni da essa ottenuta contra il marito, sia con un atto di liquidazione stipulato per man di notajo il 21 settembre 1811. »

L' applicazione di questi medesimi principj coi quali convien che la quistione si decida, si rinviene nei motivi della decisione, ch' io mi trovo di aver già citata in quest' opera, per un' altra controversia ch' essa risolve. « Attesocchè la quistione insorta fra le parti riguarda due quietanze prodotte dalla moglie Goblot, per istabilire i suoi rapporti, quietanze non istipulate avanti notajo; e che a questo proposito, per una parte le leggi citate (cioè, la dichiarazione del 1696, ed una dichiarazione conforme, degli 11 dicembre 1703, relativa alle funzioni de' notaj in Normandia), non hanno altro oggetto se non quello di *prevenire le frodi che potrebbero commettersi a danno dei terzi*, (giacchè la quistione non può insorgere riguardo al marito ed ai suoi eredi); e per l' altra parte la decisione impugnata sostiene che le quietanze non offrono verun indizio di dolo, che niuno infatti n' è stato allegato; e che infine quelle quietanze si son ricordate nell' atto di divisione fatto avanti notajo, il 28 *vendèmiere* anno 13 (19 ottobre 1805), dopo la morte del padre della moglie Goblot, il che à loro impresso quel carattere di pubblicità necessario ad asssicurar la giustizia. »

(Modificazioni dell' ipoteca legale riguardo alle mogli dei falliti.)

235. Le regole stabilite dal Codice civile relativamente all' ipoteca legale delle mogli, vengono sensibilmente modificate dal Codice di commercio riguardo a quelle mogli i cui mariti sono incorsi nel fallimento. Queste modificazioni fanno la ma-

teria degli articoli 544, a 557 ✳ 536 a 548 inclusivi del Codice di commercio.

Le disposizioni di questi articoli sono così precise ch' è difficil cosa il credere che possano insorgere delle difficoltà nella loro esecuzione Io quindi non credo dover qui trascrivere questi articoli: mi basta di rinviare ad essi Del resto, il sig. Tarrible *Rep. de jurisp.* alla parola *Inscrip. hyp.*, §. 3 *num.*° 13, à sviluppato il senso di questi articoli, e lo à fatto in un modo così maestrevole che io non potrei far altro se non se copiarlo, il che poi è inutile.

(Quistioni importanti sull' art. 2135 ✳ 2021 in ordine alla retroattività rapporto ai terzi ed alla donna maritata prima del Codice civile.)

236. Tutto quello che ho detto sull' articolo 2135 ✳ 2021, certo non basterebbe per ben afferrarne il senso. Esso à dato luogo a gravi controversie sulle quali è indispensabile di formarsi idee giuste. Queste controversie sono di tre specie.

1. Che deriva da questo articolo rispetto ai terzi i quali avessero acquistati dei dritti sui beni del marito prima della promulgazione del Codice civile?

2. Qual' effetto aver possono le disposizioni di questo articolo riguardo alle donne maritate prima di questa medesima pubblicazione del Codice civile?

3. Se questo articolo non deve aver forza retroattiva riguardo ai terzi, non è forse giusto che non ne abbia relativamente alla donna maritata prima del Codice civile?

(Prima quistione. Spiegazione dell' ultima parte dell' art. 2135 ✳ 2021.)

237. Prima quistione. L' art. 2135 ✳ 2021 termina con queste espressioni: « In nessun caso la

disposizione del presente articolo potrà pregiudicare alle ragioni acquistate da terze persone prima della pubblicazione del presente titolo. » L' applicazione di questa parte dell' articolo si fa da prima ai creditori del marito, i quali, prima del Codice civile, e poi sotto l'impero della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799) avessero presa iscrizione sui beni di quest' ultimo, laddove la moglie non ne avesse presa pe' suoi dritti. Si sa che giunta la citata legge *art.* 2, 3, 21, 22, e 23, le ipoteche delle mogli, sebben maritate prima di questa legge, erano sottoposte, quantunque fossero legali, alla iscrizione: cosicchè se sotto l'impero di siffatta legge elleno non avesser presa iscrizione, o se la iscrizione da esse presa, dopo la pubblicazione di questa medesima legge, fosse stata posteriore a quelle prese dai creditori del marito; questi eran preferiti alla moglie. Ora è per lo appunto per questo vantaggio acquistato dai creditori che il legislatore à voluto che l' art. 2135 ✳ 2021 che esenta l' ipoteca della moglie dalla formalità della iscrizione, relativamente ai dritti in essa enunziati, non avesse effetto retroattivo. È per questo motivo che la Corte reale di Parigi, con sua decisione del 19 agosto 1808, rapportata, da Sirey, anno *1809*, *2. part. pag.* 23 ha giudicato a favore di un creditor diligente, e contro una moglie che aveva trascurato, vigente la legge di *brumaire* (novembre), d' iscriversi, anche nel caso della di lei sopravvivenza.

(Seconda quistione. Effetto dell' art. 2135 ✳ 2021 per le donne maritate prima della promulgazione del Codice civile.)

238. Seconda quistione. Ma ora nell' occuparsi dell' interesse delle mogli convien riflettere al senso ed alla estensione dell' ultima parte dell' articolo, di cui ho già riferite le parole. Egli è visibile che

questa parte dell' articolo riguarda le donne maritate prima della promulgazione del Codice civile, e perciò, è anche evidente che il legislatore à avuto in mira le mogli che trovavansi in questa circostanza, o che il loro matrimonio si fosse contratto sotto l' impero della legge di *brumaire*, ovvero prima. La disposizione dell' art. 2135 ✳ 2021 è dunque divenuta comune a tutte le donne già maritate all' epoca della pubblicazione del Codice civile. Donde risulta che così le une come le altre hanno ottenuto il benefizio dell' ipoteca legale per le cose enunziate nell' articolo; ed a contar dall' epoche ivi determinate, secondo la natura di queste diverse cose.

Può dunque dirsi che per tutte le donne le quali trovavansi maritate al tempo della promulgazione del Codice civile, l' art. 2135 ✳ 2021 ha tenuto luogo d' iscrizione sui beni dei loro mariti, senza che si fosse presa realmente, qualunque fosse stata l' epoca del loro matrimonio, e qualunque le disposizioni delle leggi anteriori al Codice civile sul modo di conservare i loro beni. L' articolo 2135 à fatta risalire l' ipoteca legale di tutte le donne, maritate prima e dopo del Codice civile, all' epoca del matrimonio; per la dote e convenzioni matrimoniali, e per gli altri oggetti, all' epoche indicate in questo articolo. La sola differenza si è, che rapporto alle donne maritate prima del Codice civile i creditori del marito, che avevano già acquistato dritto in forza delle iscrizioni prese, vigente la legge, di *brumaire* (novembre), avendo le mogli trascurato di prenderle sotto l' impero della medesima, sebbene se ne fosse loro imposta l' obbligazione, hanno conservati i loro dritti. È manifesto che in ciò non vi è alcun vizio di retroattività, del quale possan querelarsi i creditori, poichè il dritto di coloro che sono stati diligenti vien conservato, il dritto

di coloro che non avevano presa iscrizione riman lo stesso: essi debbono imputare a se medesimi se non hanno presa iscrizione quando il potevano utilmente È del pari manifesto che la sorte del marito debitore non è resa pesante, mentre in tutt' i casi, egli dee pagar ciò che deve, ed il suo debito è sempre lo stesso È in questo senso che si sono ragionevolmente espressi i signori Tarrible, *Rep. de juris.* alla parola *Inscrip. hyp* §. 3, num. 12, e Chabot (dell' Allier) *Ques trans. tom. 2., pag. 61 e seg.*

Ed è questa precisamente la direzione data dalla giurisprudenza. Siffatta quistione è stata così giudicata da una decisione della Corte di appello di Bruselles, del 24 dicembre 1806, da una decisione della Corte di cassazione degli 8 novembre 1809, e veggonsi adottate le stesse idee da una decisione della Corte reale di Colmar, del 31 agosto 1811. Nella specie di quest' ultima decisione i creditori avevano contrattato col marito sotto l' impero della legge di *brumaire* (novembre), durante il quale la moglie non aveva presa iscrizione. Essi non ne avevan presa nemmeno, e prentendevano ch'essi avevan creduto di poter contrattare, poichè non dovevano supporre che la moglie avesse avuta un' ipoteca nel mentre ch' ella non erasi iscritta Era questa un interpetrar troppo male la legge, dapoichè questa non prescriveva alla moglie la formalità della iscrizione per farle acquistare un dritto, ma solo per conservarlo in preferenza dei creditori del marito che avrebbero potuto farsi iscrivere. Per parte di tai creditori non si dovea prendere che una iscrizione per assicurar la loro ipoteca in preferenza di quella della moglie; e questa iscrizione non essendo stata presa, il dritto della moglie era rimasto intatto in forza dell' articolo 2135 ✻ 2021 che per essa à valuto una iscrizione, come se fosse stato conservato da una iscrizione da

lei presa, non prendendone alcuna i creditori del marito, o avendola presa dopo di essa. Finalmente i principj medesimi sono stati confermati da un'altra decisione della Corte di cassazione, del 12 marzo 1811, la quale, come doveva accadere, li dichiarò comuni a minori riguardo ai loro tutori (1).

È importantissimo di conoscere la specie di quest' ultima decisione. Alcuni minori, creditori del loro tutore prima del Codice civile, reclamavano la loro ipoteca sui beni di questo tutore. Eglino non avevan presa iscrizione; lottavano contro gli amministratori di un ospizio, il quale reclamava un' ipoteca sui beni del medesimo individuo, che figurava come contabile a fronte di quest' ospizio. Gli amministratori avevan benanche un' ipoteca legale, ma coll' obbligo della iscrizione ch' essi non avevan presa. La decisione accolse il reclamo dei minori la ipoteca de' quali era fondata sull' art. 2135 ✳ 1021 del Codice civile, a preferenza di quello degli amministratori. Dimodocchè il risultamento della decisione si è che, il creditore con ipoteca legale, ma coll' obbligo però di dover iscrivere, e che non si è iscritto, dev' essere considerato a fronte dei minori, il che può anche dirsi della moglie, come ogni altro creditore ordinario che non ha presa iscrizione sotto l' impero della legge di *brumaire* (novembre).

---

(1) Per queste quattro decisioni veggasi Denevers, anno 1807, pag. 45 *supp.*; anno 1809 pag. 475, anno 1811 pag. 228, ed anno 1812, pag. 25 supp.

(Come regolarsi in alcuni casi quando la legge, vigente la quale la donna si è maritata, fissa l'ipoteca in un modo diverso da quello che la fissi l'art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile)?

239. Terza quistione. Ma se la disposizione dell'art. 2135 ✳ 2021 non deve avere effetto retroattivo contra i terzi, in ordine ai dritti da essi acquistati, non deve avere neppure contra la donna maritata. Ciò conviene che si spieghi perchè possa intendersi. Nel num. 227, nel quale ò sviluppato il senso dell'art. 2135, ò detto che la limitazione stabilita nella 2.ª e 3.ª parte del secondo paragrafo di questo articolo, in ordine all'epoca alla quale risaliva l'ipoteca della moglie per l'eredità a lei deferite, per le donazioni fattele, per la indennità dei debiti da lei contratti unitamente a suo marito, e pel rinvestimento del prezzo dei proprj beni alienati, che siffatta limitazione, io dico, era contraria ad alcune consuetudini della Francia, e ad una giurisprudenza costantemente stabilita nella giurisdizione di alcuni parlamenti; che queste consuetudini, e la giurisprudenza di questi parlamenti facevan risalire, contra tutt'i principj, l'ipoteca della moglie, per tutte queste ripetizioni, fino all'epoca del matrimonio, quantunque tali ripetizioni fossero state originate durante il matrimonio. Ora per le donne maritate a norma di queste consuetudini, o nella giurisdizione di questi parlamenti, dovrà seguirsi, per ciò che concerne la limitazione della data della ipoteca, la disposizione dell'art. 2135 ✳ 2021? Sarebbe questo un cadere nel vizio della retroattività, che deve evitarsi?

Si era ammesso come principio che per tutto quello che riguardava la conservazione dei dritti delle mogli, la natura ed i privilegj annessi ai beni che ad esse pervenivano durante il matrimonio, alla loro capacità, sia relativamente all'alie-

nazione dei loro beni, sia relativamente alla rinunzia dei loro dritti ed ipoteche, facea mestieri di regolarsi colla legge sotto l' impero della quale le donne si eran maritate, ovvero con quella legge dalla quale col contratto di matrimonio si era detto di voler esser regolate. Era parimenti ricevuto che tutto quello che riguardava queste cose doveva essere subordinato alle convenzioni contenute nei loro contratti di matrimonio purchè non contenessero nulla di contrario ai buoni costumi, ed alle leggi proibitive. Mi spiegherò in prosieguo intorno a ciò che concerne le alienazioni dei beni, o la rinunzia ad azioni od anteriorità d' ipoteche per parte delle donne maritate prima del Codice civile; ma per ora limitandomi a quello che è l' oggetto della 3.ª parte, del paragrafo 2. dell' art. 2135 ✳ 2021, esaminerò per quel che riguarda le donne maritate vigenti le consuetudini, ovvero vigente una giurisprudenza la quale aveva ammessi principj contrarj a quelli del Codice civile, in qual modo possa esservi retroattività restringendo l' ipoteca legale all' epoche indicate in questa 3.ª parte, pe' dritti de' quali si fa menzione.

È d' uopo distinguere due casi: il primo sarebbe quello in cui l' obbligazione contratta dalla moglie, ovvero la vendita de' di lei beni proprj fatta unitamente a suo marito, fossero anteriori alla promulgazione del Codice civile. Il secondo caso sarebbe quello in cui, l' obbligazione o la vendita fossero posteriori a siffatta promulgazione.

Nel primo caso è evidentissimo che i dritti i quali dovevan ricadere alla moglie, giusta le consuetudini e la costante giurisprudenza, vigenti le quali erasi essa maritata, ovvero giusta le convenzioni stabilite nel contratto di matrimonio si debbono avere come dritti acquistati da lei. Essa quindi non potrebb' esserne spogliata, senza retroattività, an-

che allor quando la moglie si presentasse, vigente il Codice civile, per la ripetizione dei suoi dritti su i beni di suo marito, e durante il matrimonio. Ma convien riflettere che se la moglie, la quale si trova in questa circostanza, non avesse presa iscrizione per la conservazione di questi medesimi dritti, su i beni di suo marito, durante l'impero della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), e se altre iscrizioni fossero state prese dai creditori del marito, questi vincerebbero colle loro l'ipoteca della moglie. Questi dritti non sono di una natura diversa da quella della dote e delle competenze matrimoniali, ed in questo caso, come io l'ho di già fatto osservare in ordine alle convenzioni matrimoniali, l'anteriorità de' creditori iscritti non sarebbe da porsi in dubbio.

Nel secondo caso possono esservi delle difficoltà. Ed invero si sa quanto son dilicate le quistioni di retroattività allorchè si elevano sopra dritti che si aprono sotto una legge che li regola, ma che trovansi in opposizione a leggi e convenzioni precedenti, alle quali questi dritti medesimi si riferiscono, e che si pretende come se dovessero sempre regolarli, qualunque avvenimento accader possa. Ma a me pare egualmente certo, che quando i dritti di cui si tratta, si aprono o si realizzano dopo la promulgazione del titolo del Codice civile *sui pricilegj e le ipoteche*, vale a dire, quando l'obbligazione della moglie, o la vendita fatta da essa, sono posteriori a questa promulgazione, le ripetizioni della moglie debbono regolarsi coll' art. 2135 ✳ 2021, il che non è un dar loro effetto retroattivo. Che cosa fa questo articolo per questa parte? Sostituisce una legislazione nuova e saggia, ad una legislazione antica e riconosciuta come difettosa. Esso non riforma solo un abuso per l'avvenire, ma lo arresta, e vieta che dal passato non cada

sull' avvenire. Esso lo mina dalle fondamenta, quando non è ancora consumato, e non à peranche acquistato un dritto. È nel solo caso di un dritto acquistato il quale volesse distruggersi, che vi sarebbe retroattività: ma non potrebb' esservene, quando i dritti colpiti dalla nuova legge medesima, a meno che il legislatore non abbia data una regola diversa per ciò che riguardava l' avvenire, il che non è stato fatto in questa occasione. Se non si ammettesse questo principio, si vedrebbe, pel corso di più generazioni, camminar l' abuso al fianco della regola, e l' ingiustizia al livello medesimo della giustizia. L' abuso consumato non è più in potere del legislatore: ma quello che non lo è, rientra nella regola nuovamente stabilita. Se non si fermasse a questa idea si vedrebbero delle retroattività in tutt' i cambiamenti operati dalla nuova legislazione civile, ancorchè non ve ne fossero. Si osservi pure che pel caso in controversia, vi era una legislazione fondata essa medesima su di una retroattività, e quale retroattività! In risultamento essa preferirebbe la moglie o i terzi, *ex post facto* a creditori molto anteriori, e spesso pel fatto stesso della moglie, colla mira di favorire il marito.

(Quando la moglie si obbliga con suo marito, sotto l' impero del Codice civile, la sua ipoteca, per la sua indennità, vien regolata dal Codice, o dalla legge in vigore a tempo della contrazione del matrimonio?)

240. Veniamo alla giurisprudenza finora conosciuta intorno a questa importante quistione di retroattività. Ecco la specie di una decisione della Corte reale d' Angers, del 29 agosto 1814. Una donna aveva contratto matrimonio, il 23 *ventose* anno 2 (17 marzo 1794), sotto l' impero della costumanza di Parigi. Secondo questa costumanza, e giusta le condizioni del suo contratto di matri-

monio che ne ripeteva le disposizioni, ella aver doveva un'ipoteca sui beni di suo marito, a contar dal giorno di questo contratto, per la sua indennità dei debiti ch' ella avrebbe forse potuti contrarre unitamente a lui. Il marito, sotto il dì 30 marzo 1811, contrasse una obbligazione di 30,000 fr. a favore del sig. Lourry, il quale, prese iscrizione nel cinque aprile seguente. Il dì primo luglio dello stesso anno 1811, il marito formò una nuova obbligazione di 30,000 fr. a favore del sig. Barthelemy. Per questo debito la moglie si obbligò solidalmente col marito, e surrogò il sig. Barthélemy all' ipoteca che le veniva assicurata dal contratto di matrimonio. Alcuni beni di suo marito essendo stati venduti, ed essendosi aperto un giudizio di graduazione, si elevò la controversia se il sig. Barthélemy, in qualità di surrogato all' ipoteca della moglie doveva esser preferito al sig. Lourry. Il sig. Barthélemy fondava la sua preferenza sulla ragione che, giusta la consuetudine di Parigi, la moglie, ch' egli rappresentava, doveva avere un' ipoteca su i beni di suo marito, a contar dal dì del suo contratto di matrimonio, per la indennità delle obbligazioni ch' ella avrebbe potute contrarre con suo marito durante il matrimonio. Ei pretendeva che l' art. 2135 ✳ 2021 non derogava punto alla disposizione della consuetudine di Parigi, dapoicchè non doveva avere effetto retroattivo.

La Corte reale di Angers, diede la preferenza al sig. Lourry, per la ragione che quando fu l' obbligazione contratta dalla moglie, unitamente a suo marito, a favore del sig. Barthélemy, il dì 1. luglio 1811, l' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile la privava dell' ipoteca a contar dal dì del contratto di matrimonio e restringeva questa ipoteca alla data della sua obbligazione. Questa decisione contiene

uno sviluppo di motivi che giova consultare. Il ricorso per annullamento fu rigettato, come doveva accadere, da una decisione della Corte di cassazione, sezione dei ricorsi, il 7 maggio 1816. Questa decisione è fondata sul principio che l'obbligazione di cui trattavasi, e per la quale il creditore surrogato ai dritti della moglie invocava la data del contratto di matrimonio di quest' ultima, era *posteriore* alla promulgazione del Codice, e doveva quindi esser regolato dalla disposizione dell' art. 2135 ✳ 2021; Denevers, *anno 1815, pag. 105, sup., ed anno 1816, pag. 548.*

(L' ipoteca pel rinvestimento del prezzo dei beni della moglie, alienati sotto l' imperio del Codice civile, si regola coll' art. 2135 o 2021, ovvero colla legge in vigore al tempo che fu contratto il matrimonio?)

241. Passiamo ora alla controversia relativa alla data dell' ipoteca della moglie, pel rinvestimento, compenso od indennità del prezzo dei suoi beni proprj alienati. Nelle Consuetudini di comunione, o almeno in un gran numero di Consuetudini, i beni proprj della moglie potevano validamente vendersi, o dal solo marito col consenso della moglie, o dalla moglie coll' autorizzazione e consenso del marito; ed in tal caso la moglie aveva, almeno nella maggior parte di queste Consuetudini, pel rinvestimento del prezzo de' di lei beni proprj, quando non era stato realizzato dal marito, un' ipoteca a contare dal dì del matrimonio, e non già dal dì dell' alienazione dei beni. Nella Consuetudine di Normandia, sebbene escludesse ogn' idea di comunione, i beni dotali della moglie potevano vendersi, purchè questa prestasse il suo consenso, ed in tal caso ella aveva un *compenso proporzionato sui beni di suo marito, dal dì del contratto di matrimonio e dalla celebrazione dello stesso*, art. 538

e 539. Dimodocchè, sotto questo rapporto, non vi è alcuna differenza fra quest' ultima Consuetudine e le prime. Ora, se, in questo caso, l' atto di alienazione è posteriore alla promulgazione del titolo del Codice civile, *dei privilegj e delle ipoteche*, la moglie non può pretendere un' ipoteca su i beni del marito se non dal dì dell' alienazione, come nel caso della obbligazione, essa non ha ipoteca per la sua indennità, che dal dì dell'obbligazione, giusta lo stabilito da una decisione del 7 maggio 1816. Può ben dirsi che, nell' uno e nell' altro caso, il dritto ipotecario della moglie si apre per un fatto proprio di lei, e non per un effetto di una circostanza meramente *eventuale*, indipendentemente dalla sua volontà; che la moglie creando questo dritto, *per suo fatto proprio*, vigente il Codice civile, saper doveva che la sua ipoteca non risalirebbe se non al giorno dell' alienazione, nel modo stesso ch' essa era ristretta, nel caso d' indennità per debiti, al giorno dell' obbligazione.

Nondimeno, la Corte di cassazione, sezione civile, ha giudicato il contrario, il dì 10 febbrajo 1817, in una causa nella quale trattavasi di una donna maritata sotto l' impero della Consuetudine di Normandia. Si poteva da prima dubitare che la controversia fosse stata decisa in massima, mentre trattavasi di vendite di beni dotali, fatte da suo marito, nell' anno 6 e 7, vale a dire prima del Codice civile; ma ella le aveva ratificate solo nel 1810; e poteva anche dirsi che le vendite ratificate non avevano una data certa, almeno per riguardo ai creditori i quali avevano contrattato nel tempo intermedio, se non dal giorno della ratifica che sola dava luogo ai dritti della moglie. Fino alla ratifica le rendite erano nulle. Questa nullità infatti à luogo, a termini degli articoli 538, 539, 540 della Consuetudine di Normandia, quando l' alienazione è fatta senza reimpiego. La moglie

aveva dritto di rivendicare i suoi fondi dotali contra gli acquirenti, e non poteva per sua propria volontà, ed in pregiudizio dei creditori anteriori alla sua ratifica, far risalire l' ipoteca pe' suoi dritti, ad un' epoca diversa da quella fissata dalla legge sotto l' impero della quale ella ratificava. Quindi la corte di cassazione, e la Corte reale di Caen, la cui decisone fu confermata, intendevano molto bene che questa donna era assolutamente nella circostanza di quella che vendesse i suoi beni, vigente il Codice civile. Nulladimeno, esse hanno accordata l' ipoteca alla moglie, a contar dal dì del matrimonio, non avendo il creditore che litigava con essa presa iscrizione durante la legge di *brumaire*. Mi pare difficil cosa il conciliare la decisione del 10 febbrajo 1817, con quello del 7 maggio 1816; a me pare che convien aspettare qualche altra decisione su questa controversia, onde aversi una giurisprudenza certa. Vegg. il num. 261. (1).

(Per le successioni apertesi e per le donazioni fatte sotto l' impero del Codice civile, la moglie à l' ipoteca dal dì del matrimonio, se ciò risultasse dalla legge allora in vigore, ovvero a contar solo dall' epoca stabilita dall' art. 2135 * 2021 ?)

242. Tutto quello ch' io ho detto deve del pari venir praticato per gli altri due casi enunziati nella 2.ª parte del §. 2, dell' art. 2135 * 2021, che sono quelli precisamente delle successioni deferite alla

(1) La decisione del 10 febbrajo 1817 è in Denevers, *anno* 1817 *pag.* 132, ed in Sirey, *vol. del* 1817, *pag.* 185. È osservabile la nota di Sirey messa in piede di questa pag. 185. Egli dice: *vedete con attenzione la pag.* 145. Ora in questa pagina trovasi la decisione del 7 maggio 1816. Si concepisce facilmente il motivo dell' attenzione particolare colla quale l' autore à ravvicinata la decisione del 10 febbrajo 1817, a quella del 7 maggio 1816.

moglie, e delle donazioni a lei fatte sotto l' impero del Codice civile? La moglie, per le somme comprese nell' eredità, o nella donazione, avrà forse un' ipoteca che risale al dì del matrimonio, se tale fosse il disposto dalla Consuetudine, vigente la quale ella si maritò, o dalle sue tavole nuziali? ovvero, malgrado queste circostanze, non avrebbe ipoteca se non a contar dall' epoche enunziate nell' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile, per questi due casi di deferimento di eredità e di donazione?

L' opinione di coloro che, in questi due casi, volessero far risalire l' ipoteca al dì del matrimonio, sembra la più legale. In questi ultimi due casi non deve dirsi quel che si è detto quando trattasi di indennità della moglie, per obbligazioni da essa contratte sotto l' impero del Codice civile, o del rinvestimento del prezzo de' suoi beni proprj da lei alienati unitamente a suo marito, anche sotto l' impero dello stesso Codice. La ragione si è che, quando trattasi dell' obbligazione della vendita fatta dopo la promulgazione del Codice, vi è stato per parte della moglie un fatto personale e *potestativo*, in forza del quale ella avrebbe voluto procurarsi un' ipoteca a contar dal suo contratto di matrimonio, mentre la legge nuova l' avvertiva ch' ella abusar più non poteva dell' antica legge consuetudinaria, o dell' antica convenzione, a danno dei terzi, dando quest' epoca alla sua ipoteca di cui la nuova legge limitava la data al giorno della obbligazione o della vendita; laddove l' ipoteca in favor della moglie, che risulta dall' apertura della eredità, avvenuta dopo la promulgazione del Codice civile, o di una donazione fattale dopo la stessa epoca, si rannoda ad un semplice fatto *eventuale*, indipendente dalla di lei volontà. Questo fatto essendo stato preveduto dalla legge in vigore al tempo del matrimonio, o dai capitoli matrimoniali, sia la legge, sia la con-

venzione, avendo voluto, che avverandosi il caso la moglie avesse avuta un' ipoteca dal dì del matrimonio, sarebbe difficile cosa il denegarvisi, senza dare un effetto retroattivo all' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile. Questa retroattività nuocer potrebbe alla moglie, senza ch' ella avesse la menoma colpa. Quando suo marito avesse venduti alcuni de' suoi beni, essa può non aver presa alcuna misura, e può aver fatte purgare le sue ipoteche, non potendo prevedere nè l' apertura della successione, nè la donazione; altri beni del marito potrebbero essere stati ipotecati prima di queste due circostanze: vi sarebbe della durezza nel far perdere alla moglie l' effetto dell' eredità deferita, o della fattale donazione. Pare, che in una simile circostanza spetti ai terzi di prevedere i rischi che correr possono, ottenendo la comunicazione del contratto di matrimonio prima di contrattare col marito.

Ma non è gli men vero, che, come l' ho già detto nel numero 232, la moglie, per le somme estradotali riscosse da suo marito, non deve avere ipoteca sui beni di questo (coll' obbligo della iscrizione) se non dal giorno della riscossione di queste somme, ove sia avvenuta dopo la promulgazione del Codice civile. Ciò è vero quantunque il contratto di matrimonio contenesse la clausola che, per queste ripetizioni, l' ipoteca della moglie risalirebbe al contratto di matrimonio. Questo è simile al caso dell' obbligazione o della vendita fatta dalla moglie sotto l' impero del Codice civile. Vi è un fatto *potestativo* per parte della moglie, che darebbe luogo all' ipoteca che le piacerebbe di far risalire al dì del contratto di matrimonio, in onta della restrizione stabilita dalla nuova legge. Non è dipeso che da lei di riscuotere le sue ripetizioni estradotali, invece di farle riscuotere da suo marito.

(L' ipoteca legale prende origine dal dì dei capitoli matrimoniali, o dal dì dell' atto dello stato civile fatto pel matrimonio? Del caso in cui non vi sono capitoli matrimoniali.)

243. L' ipoteca legale della moglie prende origine dal giorno che si stipularono i capitoli matrimoniali, che in altri tempi conoscevansi col nome di *contratto di matrimonio*, come ancor si usa, ovvero dal giorno del matrimonio propriamente detto comprovato dall' atto formato dall' uffiziale dello stato civile? Siffatta controversia è molto importante per se stessa, e conviene che sia esaminata.

Nell' antica legislazione, giusta l' attestato da quasi tutti gli autori, l' ipoteca legale cominciava ad aver vigore dal di del contratto di matrimonio, ed era solo, in mancanza di questo contratto, ch' essa avea vigore solo dal dì della sua celebrazione. Fra gli altri può riscontrarsi Domat, *Lois civiles liv. 3, tit. 1.er sect. 1, num. 3*; Coquille, sull' art. 18 del cap. 23 della Consuetudine del Nivernese; Basnage, *des hypot. chap. 12, pag. 185 et suiv., édit. de 1702*; d' Héricourt, *de la vente des immeubles, chap. 11, sect. 2, num. 17 et 22*; Pothier *Introd. au titr. 20 de la Cout. d' Orl. chap. 1. sect. 1.re num. 18, et Traité de l'hyp. chap. 2.* Ecco il principio sul quale quest' uso era fondato: Domat lo spiega benissimo; esso si è che si possono ipotecare i proprj beni non solo per gl' impegni, il cui effetto è certo e presente, come per una obbligazione a causa di prestito, per una vendita, per una locazione, ed altre simili cose, nelle quali l' impegno è formato fin dalle prime, quantunque vi sia un termine pel pagamento: ma benanche per tutti gli altri impegni il cui effetto dipende da una condizione, o da un altro avvenimento, che potrebbe non verificarsi. Laonde gl' impegni che formansi *con un contratto* di matrimonio, con-

tengono sempre la condizione se il matrimonio succede: ma l'ipoteca si acquista dal dì del contratto, a favor del marito su i beni di coloro che costituiscono la dote, ed a favor della moglie sui beni del marito per ricuperarla, se vi fosse luogo.

Ma autori molto riputati hanno fatto osservare i gravi disordini che deriverebbero da questo effetto retroattivo della verificazione del matrimonio, per ciò che riguarda l'ipoteca dal dì del contratto. Ed in vero si ravvisa, che se nel tempo il quale passa dall' atto che regola le convenzioni civili a quello della celebrazione del matrimonio, cioè, all' atto dello stato civile, tempo che può esssere più o meno lungo, colui che stipola l'atto relativo alle convenzioni, che chiamavansi contratto di matrimonio, avesse fatte delle vendite od avesse contratte delle obbligazioni, e se la moglie in seguito venisse, in vigore del suo contratto di matrimonio, quantunque posteriore, per essere preferita per la sua ipoteca, ai suoi creditori, o se molestasse con azione ipotecaria gli acquirenti, questi sarebbero vittime della poco buona fede usata dal marito, ovvero della frode che potrebbe praticarsi di concerto tra il marito e la moglie, o tra il marito e la famiglia di questa. Mornac, sulla legge 1. ff. *qui potior*; Lebrun *des successions*, *liv. 2*, *chap. 5*, *sect. 1.*, *distin. 1. num. 24 et suiv.*; Boucheuil, sull' art. 256 della Costumanza del Poitou, ed anche Basnage, *loco citato*, indicano gl' inconvenienti di un uso siffatto, e par ch' esprimano il voto di vederlo riformato. Quindi Lebrun, convenendo che l' ipoteca delle *convenzioni* à luogo dal dì del *contratto*, soggiunge, *purchè tale celebrazione siegua poco dopo*. Egli cita la Consuetudine di Sedan, la quale, coll' art. 120 dà quest' ipoteca dal dì della *parola*. Ora, anticamente *la parola* produceva un effetto importante,

Giusta i tre primi art. del titolo 14 della Costumanza d'Auvergne, la figlia *apparolata* cessava di essere sotto la patria potestà, per passar sotto la potestà dello sposo; essa non poteva vendere, nè alienare i suoi beni dotali, ed anche nel caso di scioglimento di *parola*, essa non più ritornava sotto la patria potestà, ma rimaneva *sui juris*, e come se fosse maritata. Possono qui riscontrarsi le osservazioni del sig. Chabrol sull' art. 1. Le disposizioni di questa Consuetudine, e di alcune altre simili, contra le quali con tanta energìa avea declamato Dumoulin, perchè la *parola* non produceva un legame indissolubile, *hoc ineptum est, cum possit majus, videlicet recedere a sponsalibus*, queste disposizioni, io dico, son cadute in disuso, e già da gran tempo si suol dar *parola* nel momento medesimo in cui si contrae il matrimonio, nel quale la benedizione nuziale può dispensare dal far dar *parola*. Laonde, dalla disposizione dell' art. 120 della Consuetudine di Sedan, e dalle altre che a questa esser potrebbero conformi, si può conchiudere che queste Consuetudini debbono considerarsi, come se avessero voluto fissar l' epoca dell' ipoteca della moglie alla celebrazione del matrimonio, o almeno, ch' esse sieno, state molto lontane dal farla risalire all' epoca del contratto, e che il loro scopo si era di prevenire gli abusi che derivar potevano da siffatta retroattività.

Quale partito dovrà adottarsi nella nostra attuale legislazione? Giusta l' art. 2135 ✳ 2021 è manifesto che la data dell' ipoteca deve risalire al dì della celebrazione del matrimonio, ovvero, il che torna allo stesso, all' atto dello stato civile. Ciò risulta di necessità da queste espressioni, *ed a contare dal dì del* MATRIMONIO. E' vero che nell' art. 2194 ✳ 2094 si vede che le iscrizioni fatte ese-

guire dalla moglie, od in nome di lei, dopo il prescritto deposito ed intimazione, avranno il medesimo effetto, come se fossero state fatte nel giorno *del contratto di matrimonio*. L' ultima parte dell' art. 2195 ✳ 2096 sembra che fissi ancora la data dell' ipoteca legale al dì del *contratto di matrimonio*; e tutto ciò potrebbe far supporre che in questi articoli il legislatore abbia inteso di far risalire l' ipoteca all' atto che stabilisce le convenzioni civili, altra volta conosciute sotto al nome di *contratto di matrimonio*. Potrebbe dirsi benanche che questi articoli essendo gli ultimi scritti, vadano considerati, come una interpretazione o modificazione del primo, e debbano fissarne il vero senso.

Ma non sono io di avviso che si debba esser piegato da queste ultime obbiezioni. Nei termini degli art. 2194 e 2195 ✳ 2094 e 2096, *il giorno del contratto di matrimonio*, convien che si scorga o una inavvertenza prodotta dalle antiche abitudini, ovvero la intenzione di esprimere l' atto dello stato civile, ch' è il vero contratto del legame conjugale, e che, rigorosamente parlando, può essere inteso in queste parole, *il contratto di matrimonio*, prendendole solo in una nuova accezione, diversa dall' antica. Cosicchè fa d' uopo attenersi alla prima idea della volontà del legislatore, presentata dall' art. 2135 ✳ 2021.

Può, per verità, dirsi benanche, che se la retroattività dell' ipoteca all' atto notariale che regola gl' interessi degli sposi, quando vi è un considerevole intervallo di tempo tra questo atto e la celebrazione del matrimonio, può produrre gravi inconvenienti rispetto ai terzi, questo difetto di retroattività può farne nascere ancora contra la moglie, mentre se la sua ipoteca risale solo alla celebrazione del matrimonio, essa, nel caso di obbligazioni o vendite intermedie per parte del marito,

può trovarsi senza risorse per la sua dote che sarà forse stata riscossa dal marito, come pure pei suoi diritti.

Ma à questa difficoltà vi è da fare una risposta decisiva. Quando la legge ha prescritte le regole affin di vigilare su i rispettivi interessi, che posson tra loro essere opposti, essa si pronunzia naturalmente piuttosto contra quella parte che à trascurato di prendere le sue misure, potendolo comodamente, che contra quella nella cui facoltà non era di prendere le sue. La moglie, o i di lei parenti debbono solo non lasciar veruno intervallo fra l' atto che regola gl' interessi civili degli sposi, e la celebrazione del matrimonio avanti la municipalità, uso ch' io veggo giornalmente praticato, ed allora i dritti della moglie sono perfettamente conservati. Ma i terzi i quali contrattassero col futuro sposo, durante l' intervallo che scorrerebbe fra questi due atti, specialmente se l' intervallo è lungo, possono ignorare affatto il primo che poteva essere stipulato tra gli sposi e i testimonj necessarj, avanti notajo, e quindi possono cadere in un laccio che non è stato mai nella intenzione della legge. Poichè la moglie non è obbligata ad iscrivere, l'esistenza pubblica di un matrimonio legalmente celebrato può solo far le veci d'iscrizione. I terzi possono richiedere l' atto che regola i loro interessi, e prendere altre indagini alle quali non si penserebbe se non vi fosse matrimonio legale e conosciuto. È impossibile di non ammettere queste idee sotto l' impero di una legislazione che à per base la pubblicità dell' ipoteca.

Finalmente, tutto quello che si è detto acquista nuova forza da' principj relativi alla materia concernente lo stato degli sposi e la natura dei loro beni. La donna non è sposa se non per la celebrazione del matrimonio; è allora che la sua dote

è *dote*. Coquille il quale, più per seguir l' uso che i principj, ammetteva che l' ipoteca risalisse al contratto di matrimonio, supponeva che non ve ne fosse stato, e che si fosse ridotto *ai puri termini d' ipoteca tacita e legale*; *ed allora sembra*, ei diceva, *che la detta ipoteca esista dal giorno del contratto matrimonio, poichè da questo giorno la dote comincia ad esser* DOTE. Ed invero non è facile cosa il dissimulare che non sia se non da questo giorno che si formano i rapporti veri di sposo e di sposa; ed il legislatore non à voluto dire il contrario colle parole, *contratto di matrimonio*, che son cadute negli art. 2194 e 2195 ✳ 2094 e 2096, dopo di aver detto da prima nell' art. 2135 ✳ 2021: a contar dal giorno del contratto di matrimonio. Ora se colui che divien creditore del futuro sposo tra il contratto e la celebrazione, s' iscrivesse su i beni di quest' ultimo, perchè questa iscrizione non potrebbe avere il suo effetto contro alla promessa sposa, che non sarebbe poi tale, e che non avrebbe per essa il favor di una dote, come ella lo avrebbe contra ogni altro creditore ordinario? S' è un acquirente quello che fa trascrivere il suo contratto di acquisto prima della celebrazione del matrimonio, perchè in mancanza d' iscrizione, non purgherebbe l' ipoteca della futura sposa, come ogni altra ipoteca? Come, in simile circostanza, quest' acquirente potrebbe prendere le misure indicate dall' art. 2194 ✳ 2094 del Codice civile, e dall' avviso del Consiglio di Stato, del 1 giugno 1807, per purgare l' ipoteca legale delle mogli? Egli pagherebbe in buona fede il prezzo della vendita, e nondimeno, potrebb' essere molestato per una ipoteca che allora non era *legale* e ad una donna che allora non era ancora *sposa*. Tutto questo si oppone alle idee di giustizia, ai semplici lumi della ragione, ai principj di ogni

sana legislazione, e specialmente di quella che ci regola, la quale, per meglio assicurar la sorte dei creditori e delle proprietà à ammessa la pubblicità delle ipoteche. E però, malgrado tutta la deferenza ch' io ho per le opinioni del sig. Tarrible, io non posso adottar la contrarià per la quale egli à creduto doversi decidere, veg. *Reper. de Iuris.* alla parola, *Inscription hypothècaire*, §. 2. num. 8.

Se, anticamente, non vi fosse stato contratto di matrimonio, poteva sorgere qualche difficoltà per sapere come dovevano essere regolati gli sposi, quando i loro domicilj, ed i loro beni non erano nella stessa provincia; specialmente dopo le spinose quistioni le quali solevano elevarsi su ciò che doveva esserlo o dallo *statuto personale*, o dallo *statuto reale*. Ma ora le difficoltà, in questi casi svaniscono. Gli sposi saran regolati, per dritto, dai principj stabiliti nel cap. 2 del titolo, *del contratto di matrimonio*. Ciò risulta dall' art. 1393 ✳ 1347, che prevedeva il caso della *mancanza del contratto*.

Del resto, se mai la legge dovesse rivedersi, il legislatore potrebbe far cessare quella specie di antinomia che ò fatta osservare tra l' art. 2135 ✳ 2021, e gli art. 2194 e 2195 ✳ 2094, e 2096. Io però penso che questa riforma possa esser fatta dalla giurisprudenza.

(Due casi nei quali la facoltà di non doversi iscrivere l' ipoteca legale, cessa, cessando il titolo di sposa.)

244. Nel numero 227, io ho già detto che una cosa è la legalità dell' ipoteca, ed un' altra la necessità, ed esenzione della iscrizione dell' ipoteca legale. Vi sono delle ipoteche che godono il favore della legalità, ma sottoposte alla necessità della iscrizione. In quanto alla moglie, tutt' i suoi dritti

qualunque sieno, almeno pe' capitali, godono il favore di questa legalità, giusta l' art. 2121 ✳ 2007, come già ò spiegato: ma alcuni di questi medesimi dritti sono soggetti alla formalità della iscrizione per essere conservati, giusta l' art. 2135 ✳ 2021. Non bisogna perdere di vista che la essenzione dalla iscrizione tira la sua origine dalla circostanza che la dote, nella regola dotale, e i diritti che la formano nella regola della comunione, sono in poter del marito che n' è il solo amministratore contabile; che a questo riguardo la moglie non può esercitare veruna azione, fino a che non vi sia una separazione di beni, o fino allo scioglimento del matrimonio; e che in fine la legge à dovuto vegliare particolarmente alla conservazione dei beni dotali destinati specialmente alla sussistenza della moglie e dei figli. Ma, per la regola che, l' effetto cessa al cessar della causa, se il rapporto ch' esiste fra i due sposi sparisce, se non può più invocarsi il titolo di sposa, se la iscrizione divien libera e facoltativa, allora la mancanza della iscrizione può essere opposta dai terzi creditori ovvero acquirenti del marito.

Questo avviene in due casi.

1.° Se la moglie fosse divenuta vedova prima della pubblicazione del Codice civile, la iscrizione, vigente la legge di *brumaire* (novembre) era necessaria: perchè la donna maritata non ne veniva esentata, giusta i principj di quella legge; e la iscrizione sarebbe divenuta necessaria vigente il Codice civile, poichè la moglie avrebbe avuta la libertà di prenderla; cosicchè s' ella non avesse adempita questa formalità, i creditori del marito, iscritti, la vincerebbero, e coloro che avessero comprato dal marito, sarebbero al coverto dalle di lei molestie, se la trascrizione dei loro titoli di

acquisto non fossero stati colpiti da una iscrizione per parte di essa. Ravvicinando una moltitudine di articoli della legge, è manifesto ch' essa si abbia proposte le donne maritate, e non già quelle divenute vedove al tempo della sua promulgazione. Per verità nell'art. 2135 ✳ 2021, non dicesi *donne maritate*; ma queste espressioni trovansi nell'art. 2121 ✳ 2007. L'art. 2153 ✳ 2046 parlando dell' ipoteca legale delle donne, dice delle *donne maritate sui beni dei loro mariti*. D' altronde, gli art. 2136, 2138, 2139, 2144, 2194, e 2195 ✳ 2022, 2025, 2026, 2038, 2094 e 2096 sono concepiti evidentemente nel senso di rapporto tra marito e moglie, e di coesistenza dell' uno e dell' altro. Ed in questo modo si è infatti giudicato, con molta ragione, da una decisione ben ponderata della Corte reale di Colmar, del 31 marzo 1810, riferita da Denevers, *lo stesso anno, pag. 127 supp.* Gli stessi motivi ànno dato luogo ad una medesima decisione della Corte di cassazione, del 7 aprile 1813, riferita benanche da Denevers, *lo stesso anno, pag. 326.* Questa decisione non era stata profferita pel caso di vedovanza della moglie avvenuta prima della pubblicazione del Codice civile: ma l'è stata in un caso simile in quanto agli effetti, trattandosi di un divorzio che ebbe luogo prima del Codice civile. Si vede anche in questa decisione una luminosa esposizione dei principj.

2.° Dee dirsi la medesima cosa e pei medesimi motivi, se una moglie fosse morta prima del Codice civile. I di lei eredi non potrebbero reclamare veruna ipoteca legale per la dote, e convenzioni motrimoniali; e non potrebbero far valere la esenzione dalla iscrizione. La legalità rimarrebbe; ma la esenzione dalla iscrizione sparirebbe. Ripugna a tutt' i principj che un simile privilegio abbia potuto essere accordato agli eredi di una moglie,

non meno che ad una moglie vedova. Tutto quello che ò detto è tanto più vero per quanto lo spirito della legge è stato necessariamente di restringere, il più ch' è possibile, l' eccezioni alla regola generale della pubblicità. È così che è stato giudicato da una decisione della Corte di cassazione, del 9 novembre 1813, Denevers, pag. 580.

(Terzo caso nel quale venendo a cessare il titolo di sposa dovrebbe cessare del pari la esenzione dall' obbligo d' iscrivere).

245. Vi è un terzo caso nel quale, cessando il titolo di sposa, dovrebbe cessar benanche la facoltà di non iscrivere. Intendo parlar di quel caso in cui la moglie divien vedova sotto l' impero del Codice civile. I minori divenuti maggiori, ed i loro eredi, vanno messi nella stessa categoria. Quando la quistione si presentò nei primi anni della pubblicazione del Codice civile, i giureconsulti ed i tribunali sperimentarono qualche imbarazzo. Nondimeno, la Corte reale di Nimes, con decisione del 28 marzo 1806, Denevers *lo stesso anno, pag. 155, supp.* e quella di Agen, con decisione degli 8 maggio 1810, Denevers, *anno 1810, pag. 121, supp.*, giudicarono che la moglie o suoi eredi nel caso in quistione, non potevano godere il vantaggio della esenzione dalla iscrizione. Le decisioni furono fondate sulla cessata dipendenza della moglie rapporto al marito. Quando esse furono profferite si cercò di sapere se almeno la moglie o i suoi eredi avessero potuto richiedere la separazione del patrimonio del marito debitore, da quello dei suoi eredi: ma siffatta quistione non aveva luogo, per non essere ammisibile la domanda della separazione del patrimonio per particolari circostanze; e venne giudicato in massima, che nel caso in controversia, non vi era ipoteca legale esente dal-

l' obbligo della iscrizione, o almeno che tale esenzione era cessata dal momento che la moglie ricuperò una libertà ch' erasi continuata ne' di lei eredi.

Ma le difficoltà crescendo ognora più, credette il Consiglio di Stato di farle cessare con un avviso degli 8 maggio 1812. Il risultamento di questo avviso si è, che il modo di purgare le ipoteche legali delle mogli e dei minori, stabilito dal Codice civile, e dall' avviso del Consiglio di stato, del 9 maggio 1807 (ovvero 1.° giugno ch' è il giorno della sottoscrizione, essendo quello del 9 maggio il giorno dell' adunanza) è applicabile *alle vedove, ed ai minori divenuti maggiori;* come ai loro eredi, ed altri rappesentanti. Vi si soggiunse che non era necessario di fissare un termine particolare alle mogli dopo la morte dei loro mariti, ed ai minori divenuti maggiori, o ai loro rappresentanti per prendere iscrizione.

Noi osiamo dirlo; questo avviso è fatto in un senso opposto allo spirito della legge, che si propone la pubblicità dell' ipoteca. Esso non può conciliarsi coi motivi che han determinata la esenzione dalla iscrizione. Ne risulta che, coloro che han comprato dal marito o da suoi eredi, hanno il mezzo di liberarsi con sicurezza rispetto alle ipoteche legali soggette alla iscrizione, e si conosce che questo è lo stesso di quello che fu prescritto nel 1807, ma però col soccorso degli art. 2193, 2194, e 2195 ✳ 2093, 2094, e 2096 del Codice civile per purgare le ipoteche conosciute o sconosciute delle donne maritate, e dei minori, che potrebbero forse esistere. Ma, oltrecchè giusta l'avviso degli 8 maggio 1812, i compratori non ottengono questo vantaggio che con ingenti spese, vi è anche che nel farsi questo avviso, non si occupò il Consiglio di stato de' creditori che avessero

contrattati col marito dopo la morte della moglie, o anche prima. Ora come mai la sorte dei creditori poteva essere diversa da quella degli acquirenti? mentre, giusta questo avviso si scorge che coloro i quali avessero prestato al marito, sia prima, sia dopo la morte di sua moglie, quantunque eglino avessero presa iscrizione, sarebbe lor preferita o la moglie rimasta vedova da lungo tempo, o i di lei eredi a motivo dei dritti dotali della moglie, sebbene nè questa, nè i suoi eredi avessero presa una iscrizione, che dipendea solo da essi di prendere. Ciò nulla ostante questo avviso è stato sempre osservato, perchè si è creduto che la interpretazione di una legge appartenesse al governo. Ma qui, invece d' interpretarla, uniformandosi allo spirito della legge, e seguendo le sue mire, il che per altro si avrebbe potuto far fare dai tribunali, almeno fino alla provocazione di una novella legge, si è fatta una legge sovversiva della legge esistente.

Direbbesi forse in questo caso che la moglie muore investita della legalità, colla esenzione dall' obbligo d' iscrivere, e che ella lascia questo medesimo privilegio agli eredi? Ma un privilegio unicamente annesso alla persona non può trasmettersi ad altre persone colle quali questo privilegio non è più in relazione. Quando una prescrizione è sospesa riguardo ad un creditore minore, siffatta prescrizione non riprende forse il suo corso contra gli eredi maggiori di questo creditore che muore in minore età?

Malgrado ciò si avrebbe dovuta prendere una misura che nella legge non vi era ed il cui bisogno facea vivamente sentirsi. Essa consisteva in un termine che avrebbe dovuto accordarsi alla moglie rimasta vedova, ed al minore divenuto maggiore, entro il quale essi avrebbero dovuto fare

iscrivere i loro crediti su i beni del marito e del tutore. Giusta l' avviso degli 8 maggio 1812, pare come se ciò fosse stato domandato. Si conosce infatti che ad una moglie divenuta vedova, o ai di lei eredi, come pure ad un minore divenuto maggiore, i quali d' altronde potrebbero trovarsi in un luogo molto lontano da quello ov' è morto il marito o il tutore, debbasi accordare un termine per conoscere la loro situazione. A questo riguardo si aveva un esempio nell' art. 23 della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1 novembre 1799). Dicesi in questo articolo che le iscrizioni prese contra i mariti per tutt' i dritti e convenzioni matrimoniali, conservano il loro effetto durante tutto il tempo del matrimonio, *ed un anno dopo* (a).

L' esempio di questa misura trovavasi benanche negli art. 58 e 64 dell' editto del Re, del mese di marzo 1673, registrato al parlamento il 23. Questo editto portava lo stabilimento delle cancellerie e dei registri delle opposizioni per conservare la preferenza delle ipoteche. Si può riguardar questo editto, come il tipo di tutte le disposizioni regolamentari relativi alla pubblicità dell' ipoteca in Francia, comecchè sia stato rivocato da un altro editto del mese di aprile 1674. La cura colla quale fu redatto, divenne un motivo di elogio per parte del cancelliere d' Aguesseau, il quale per altro non ne adottava i principj; come si osserva dal

(a) Questa precauzione è stata quella precisamente che trovasi adottata dalle nostre LL. CC. La vedova, ed il minore divenuto maggiore, per conservare le loro ipoteche legali, convien che prendano iscrizione fra il termine di un anno dalla morte del marito, e dalla maggiore età; *art. 2032, e 2033.*

discorso preliminare che trovasi al principio di questo Trattato.

Ora, giusta l' art. 57 di questo editto i minori erano dispensati dall' obbligo comune di formare e far registrare le loro opposizioni (che allora tenevan luogo d' iscrizione) sui beni dei loro tutori, protutori o curatori contabili : ma l' art. 58 faceva cessare questa dispensa per le medesime ipoteche ch' erano legali, tostocchè eglino fossero giunti alla loro maggiore età ; e non di meno essi avevano un anno di tempo per adempiere questa formalità. « I minori, vien detto in questo articolo, saran tenuti *un anno dopo della loro maggiore età*, di fare opposizione su i beni de' loro tutori, protutori, curatori e contabili, e di farla registrare nel modo qui sopra indicato, nel quale caso conserveranno la loro ipoteca *dal giorno dell' atto della tutela*: e se la loro opposizione vien registrata dopo l' anno della loro maggiore età, non avrà effetto *se non dal dì del registro.* »

In quanto alle donne maritate, l' art. 60 del medesimo editto le dispensava dalla formalità dell' opposizione e registro su i beni de' loro mariti per la dote e competenze matrimoniali. Ma nell' art. 63, si dice che « le mogli separate di beni dai mariti son tenute di formare e far registrare la opposizione sui beni dei loro mariti, per la conservazione delle ipoteche loro appartenenti, *e ciò nei quattro mesi dopo l' atto o sentenza di separazione* ; altrimenti, passato i quattro mesi elleno saran collocate, in concorso dei creditori che avean registrate le loro opposizioni, *prendendo la data del giorno del registro* da esse fatto. »

La legge, nell' art. 64, parla delle mogli divenute vedove ed ecco in qual modo per queste si spiega: « Le vedove saran benanche obbligate a formare e far registrare le loro opposizioni, *nell'*

anno dal dì della morte dei loro mariti; altrimenti non avranno ipoteca su i beni di questi *se non dal dì che avranno fatte registrare le loro opposizioni.* » È con siffatte sollecitudini che può darsi ad una legge quel grado di perfezione di cui essa è capace, seguendo lo spirito col quale è stata concepita.

La legislazione, in questo caso, richiede vivamente un miglioramento. O' creduto mio dovere di mettere sotto gli occhi del legislatore le mie osservazioni, se avvenga che la legge sia per esser riveduta.

(Dell' effetto che aver debbono in Francia i contratti di matrimonio stipulati in paese straniero, per ciò che riguarda l' ipoteca)

246 Onde formarsi idee giuste sull' effetto che aver debbono, in Francia, i contratti di matrimonio stipulati in paese straniero, per ciò che riguarda l' ipoteca, bisogna esaminare se a questi contratti debbasi, ovvero no, applicare la disposizione contenuta nell' art. 2128 (a) del Codice civile. In questo articolo si dice: « I contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca su i beni esistenti in Francia, quando però non vi siano disposizioni contrarie a questa massima nelle leggi politiche o nei trattati. » Ora, giusta la disposizione di questo articolo, sarebbe impossibile di accordare l' ipoteca sopra beni situati in Francia, a contratti di matrimonio stipulati in paese estero. Questo articolo non fa veruna distinzione fra i contratti di matrimonio ed i contratti ordinarj stipu-

(a) Si è visto altrove in che questo articolo differisca dall' art. 2014 delle nostre leggi civili che gli corrisponde.

*

lati sul territorio di potenze straniere. L' art. 121 dell' ordinanza del 1629, che si proponeva di regolare, in Francia, l' effetto dell' ipoteca, in quanto agli atti stipulati in paese straniero, ed alle sentenze ivi profferite, niuna distinzione faceva del pari fra questi contratti, poichè in essi dicevasi: « I contratti ed obbligazioni stipulate in paesi e regni stranieri, *per qualunque causa* ec. » Non potevasi certamente spiegare in un modo più generico.

Si era sparsa qualche ambiguità su questa controversia solo perchè alcuni autori antichi, i quali per altro erano anch' essi di avviso che i contratti stipulati in paese estero non producevano ipoteca in Francia, credevan poi che dovesse farsi eccezione pei contratti di matrimonio. Mornac fra gli altri, sulla legge ultima ff. *de jurisdictione*, aveva adottata questa eccezione, al pari che Tronçon sull' art. 165 della Consuetudine di Parigi. Essi fondavansi sul principio che il matrimonio è di dritto delle genti. *Non enim*, diceva Mornac, *ex jure civili conventiones hœ ortœ sunt, sed ex ipso jure gentium.* Per sostenere la sua opinione, egli citava una decisione della camera dell' editto, del 13 agosto 1601, citata ancora da molti altri autori che hanno trattata la materia. Nondimeno, Tronçon ammetteva l' ipoteca nel caso in cui si tratta, ma solo per la dote, e si pronunziava contro all'ipoteca per ciò che riguardava *le donazioni*, *l' antiparte*, *ed i lucri nuziali* promessi col contratto di matrimonio. Questa eccezione ammessa benanche da diversi altri autori fondavasi sul riflesso che la somma costituita in dote era una conseguenza necessaria del matrimonio: essa era un vero credito cui andavano annessi tutt' i privilegj della dote; laddove non poteva dirsi lo stesso delle altre convenzioni matrimoniali, poichè in queste non

doveva vedersi altro che delle convenzioni ordinarie, le quali non eran nemmeno accessorj necessarj del matrimonio.

Ma la opinione di questi autori anche rapporto al principale, ch' è la dote, non può ammettersi come principio, sebbene veggasi adottata da parecchie decisioni. Par che confondansi due cose molto distinte, il matrimonio, e l' atto che ne regola le convenzioni. Il matrimonio in se medesimo è di dritto delle genti: ciò è incontrastabile. Ovunque siasi celebrato, purchè il sia stato dall' uffiziale che ne avea ricevuto il potere dalla legge del luogo, e con tutte le formalità richieste, dev' essere da per tutto riconosciuto, e produrre gli effetti annessi ad un legame così rispettabile. Ma per ciò che concerne l' atto che regola le convenzioni del matrimonio, sotto al rapporto della economia, certamente è obbligatorio fra i due sposi, quantunque stipulato in paese straniero, poich' esso contiene le loro obbligazioni, ed è un atto pubblico anche fuori del paese ove fu stipulato: ma esso non è *autentico*, e l' ipoteca deriva dall' *autenticità*. È un dritto reale il quale non può risultare se non da un atto stipulato da un pubblico uffiziale che trovasi investito di questo carattere dalla potenza sotto la dominazione della quale son situati i beni che si vogliono gravar d' ipoteca.

Per sostenere la distinzione imaginata da Tronçon tra la *dote* e gli altri *lucri nuziali*, forse dir si vorrebbe che l' ipoteca per la dote è stata sempre tacita; ch' essa esiste in virtù della sola celebrazione del matrimonio, senza niun atto che ne regoli le convenzioni in quanto all' economia? Ma questa distinzione benanche non potrebbe sostenersi. Certamente l' ipoteca della dote è tacita; ma deriva da ciò ch' essa esiste per solo ministero della legge senza bisogno di convenzione. La stipula-

zione dell' ipoteca si presume in favor della moglie: essa accompagna la sua dote. Ma questa ipoteca espressa e convenzionale, o tacita e presunta debbono il loro effetto alla legge. È la legge, ed è la legge civile che dà alla presunta, la virtù dell' ipoteca, ch' è una cosa diversa affatto dalla convenzione. Questa, senza l' ipoteca, diviene un patto volontario non rivestito da alcuna autenticità. L' ipoteca che qualifica e dà una virtù particolare alla convenzione, non da altro deriva e derivar può che dalla legge. La volontà dell'uomo può formare il corpo della convenzione ma non vale a produr l' ipoteca: è la legge civile che dà a questa un' esistenza (1).

Nondimeno, vi è stato un tempo in cui questa controversia à sperimentate delle difficoltà gravi ed imbarazzanti. Vi si osserva una gran divergenza di opinioni, e di decisioni; e le particolarità che trovansi nel *Repert. de jurisp.* alla parola *Hypot. sect. 1.. § 5, n. 12*, lo provano abbastanza. Ciò non pertanto, negli ultimi tempi la giurisprudenza sembrava già fissata da due decisioni. L' una del 23 agosto del 1737 riferita da Lacombe figlio, pag. 123, colla quale si giudicò che un contratto di matrimonio stipulato a Liegi, non produceva ipoteca in Francia: l' altra del consiglio di stato, del 18 marzo 1748, profferita contro alla principessa di Carignano, colla quale si giudicò che il suo contratto di matrimonio stipulato a Torino, non poteva produrre ipoteca nel regno. Questa decisione cassò quella del parlamento di Parigi, del 3 agosto 1744, la quale aveva giudicato l' opposto.

(1) Veggasi quel che da me si è detto sull' efficacia dei contratti stipulati in paese estero, in ordine all' ipoteca, parlando delle ipoteche convenzionali.

Laonde Roussille, *de la dot*, *tom. 1. pag. 326* si è contentato di riportarsi a queste due decisioni, onde stabilire che l' ipoteca non doveva essere accordata ai contratti di matrimonio stipulati in paese straniero.

(Distinzioni da farsi a questo proposito).

247 Son questi i principj adottati dall' art. 2128 del Codice civile. Giusta la disposizione di questo articolo, la controversia può rendersi più semplice; essa però dev' essere subordinata ad una distinzione.

O sono due persone non francesi, domiciliate cioè in un paese straniero, quelle che contraggono matrimonio in questo medesimo paese, mentre il marito possiede beni fondi in Francia; o è un francese che prende moglie in paese straniero e che la mena seco ad abitare in Francia, ov' ella fissa il domicilio.

Nel primo caso il contratto di matrimonio, quantunque stipulato da un pubblico uffiziale in paese straniero, non produce, a favor della moglie, niuna specie d' ipoteca su i beni che suo marito forse possiede in Francia, nè per la sua dote, nè per le sue convenzioni matrimoniali. Ella non può reclamare un' ipoteca convenzionale, poichè, giusta quel che si è detto, un atto stipulato in queste circostanze, non imprime veruna ipoteca su i beni situati in Francia, ov' esso non avrebbe nè il privilegio, nè l' autenticità, nè la pronta esecuzione. La moglie non avrebbe nè anche un' ipoteca legale, sia per la sua dote, sia per le sue convenzioni matrimoniali, e specialmente il privilegio della esenzione dalla iscrizione stabilito dall' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile. Milita la medesima ragione per l' ipoteca convenzionale, e si è, che l' ipoteca legale la quale supplir può al difetto della

convenzionale, emana, al pari di questa, dal dritto civile. Ora egli è certo che il dritto civile di una nazione protegge unicamente i sudditi di questa nazione pe' quali questo dritto è stabilito; e non si comunica ai sudditi di un'altra nazione ai quali questo dritto è assolutamente estraneo.

Bisogna però convenire che giusta le leggi politiche o i trattati, un contratto di matrimonio, come tutti gli altri atti stipulati in paese straniero, potrebbe produrre ipoteca su i fondi situati in Francia, a norma del disposto dall' art. 2128 del Codice civile, che dev' essere comune ai contratti di matrimonio, egualmente che a tutti gli altri contratti, poichè la legge a questo proposito non fa veruna distinzione. Ma se, per la reciprocanza di una nazione con un' altra, vi dovess' essere solamente ipoteca, ed anche un' ipoteca legale, sarebbe almeno sempre necessario, che in questo caso, la moglie straniera prendesse iscrizione su i beni di suo marito se vuol conservare i suoi diritti. La reciprocanza tra nazione e nazione, la quale può risultare dalle leggi politiche e dai trattati, deve sempre limitarsi agli oggetti su i quali tale reciprocanza vien ristretta. Tutto emana dal dritto civile, e la legalità dell' ipoteca, e la esenzione dalla iscrizione nei casi determinati. Qualunque dispensa la quale non risulta da uno stato di reciprocanza, non può essere ammessa contro la regola generale che prescrive la pubblicità della ipoteca.

Nel secondo caso, vale a dire quando un francese prende una moglie in paese estero, e quando questa moglie viene ad abitare con suo marito in Francia, ov' ella acquista il suo domicilio, in questo caso non si può decidere coi medesimi principj. La moglie straniera che si marita ad un francese, e che siegue suo marito, divien francese. È questa la disposizione dell' art. 12 ✳ 14 del Co-

dice civile. Quindi la moglie che trovasi in questa circostanza, goderà, come qualunque altra donna francese e maritata in Francia, di tutt'i dritti accordati dal Codice civile alle donne maritate, tanto per la dote che per le convenzioni matrimoniali. Ben si vede che se la donna maritata in paese straniero, la quale segue suo marito in Francia, non ha verun atto che regoli le convenzioni matrimoniali, il matrimonio, come quello di qualunque donna francese e maritata in Francia, dovrebbe regolarsi col capitolo secondo del titolo del *contratto di matrimonio*, relativamente alla regola della comunione. L'art. 1400 (a) del Codice civile suppone la mancanza dei contratto. È sempre la legge del domicilio del marito quella che regola il matrimonio. Sembra giusto che i conjugi, essendo determinati di fissarsi in Francia, facessero depositare una spedizione del loro contratto di matrimonio presso un notajo del luogo del marito, in vigor di sentenza del tribunale di questo domicilio medesimo. Ben si ravvisa il motivo di questa misura. Per essa i terzi potrebbero procurarsi la conoscenza delle convenzioni matrimoniali, con quella facilità maggiore che desiderar possano i terzi relativamenti a coloro che si ammogliano in Francia. Vi è anche di più: sarebbe suggerito dalla prudenza che la donna maritata, nel caso in quistione, prenda iscrizione su i beni di suo marito, acquistati in Francia, per sicurezza della sua dote e convenzioni matrimoniali.

Finalmente mi rimane a fare un' importante osservazione, ed è che per assicurare il ricupero dei dritti dotali della donna maritata in paese straniero, giova, anche pei creditori che il marito potesse avere in seguito, che costino o dal contratto di

(a) Questo articolo è stato soppresso nelle LL. CC.

(L' ipoteca legale può esercitarsi sopra tutt' i beni del marito, ed anche sopra di quelli acquistati dopo della comunione, e quindi rivenduti.)

248. L' ipoteca legale della moglie si estende sopra tutt' i beni, qualunque essi siano, del marito ed anche sopra quelli che sono stati acquistati durante la comunione, e che quindi à tornati a vendere. Questa controversia incontrò molte difficoltà, quando si presentò verso i primi tempi della promulgazione del Codice, sebbene niun articolo di questo Codice e specialmente gli art. 2121 e 2155 ✳ 2007 e 2021, che sono i più rimarchevoli su questa materia, non impedissero che l' ipoteca legale della moglie non cadesse sopra tutt' i beni del marito, mentre essi non ne distinguevano alcuno.

Le difficoltà derivavano dalla natura dei dritti della donna maritata colla regola della comunione, e dalla significante differenza ch' esisteva tra questa regola e la dotale. Si sa ch' io intendo parlare del caso in cui la moglie, in comunione di beni, non à preso parte nè agli acquisti, nè alle rivendite fatte dal marito, e non à contrattata veruna obbligazione unitamente a questo.

Coloro che erano per la inesistenza delle ipoteche della moglie sui beni della comunione prima dello scioglimento del matrimonio, o della comunione, con una rinunzia fatta dopo di una separazione di beni, dicevano, « che volendo che l' ipoteca della moglie graviti su i beni della comunione a misura che vi entrano, e quindi ammettendo che la moglie possa dirigersi contra i terzi possessori, questo è un intralciare l' amministrazione del marito, un toglier-gli il dritto che gli accorda specialmente l' art. 1421 (a) di vendere, alienare, ed ipotecare i beni

(a) Coll' art. 1396 delle nostre LL. CC. si è tolta al marito

della moglie. È certo che quando i beni trovansi presso del marito, al tempo dello scioglimento della comunione, non può la moglie esercitar su di essi la sua azione ipotecaria, giusta gli art. 2121, 2122, e 2135 ✳ 2007, 2008, e 2021: ma permetterle di dirigersi contra i terzi quando i beni sono stati venduti, è un rovesciare la base fondamentale della comunione, è un impedire, contraddicendo espressamente la legge, che il marito sia l' assoluto padrone di tutt' i beni che la compongono. » Si giungeva fino a dire che la comunione faceva considerare gli sposi come due socj, e che le vendite fatte dal marito, anche solo, dovevan considerarsi come se fossero state fatte anche dalla moglie, che tutt' i suoi dritti non si determinano, e non nascono che al tempo dello scioglimento della comunione, e non possono esercitarsi che a norma dello stato delle cose esistente a quell' epoca.

L' opinione contraria fondavasi sul principio incontrastabile che la rinunzia alla comunione produceva l' effetto di far riguardare la moglie come s' ella non fosse stata mai in comunione, e che la restituiva nello stato in cui essa era all' epoca del suo matrimonio: del pari che una rinunzia ad una successione à un effetto retroattivo al dì della morte del defunto, e cancella interamente la qualità di erede. Per verità si oppone a questo principio che questo effetto della rinunzia è una finzione di legge, la quale non potrebbe distruggere la realtà della comunione; che siffatta finzione non si propone altra cosa se non di conservare intatti

---

la facoltà di vendere alienare ed ipotecare i beni della comunione e gli si è rimasta quella soltanto di poterli amministrare, essendosi considerata la comunione come una società volontaria.

i beni proprj della moglie, sino a che essa non si obbliga, e di riserbarle l' esercizio delle sue ipoteche; ma soltanto su quel che rimane nell' asse del marito dopo della cessazione della sua amministrazione della comunione. Ma tale difficoltà, si rispondeva, è una sottigliezza che non può distruggere il fatto che il marito è il padrone della comunione, proprietario dei beni che la compongono, e che quindi, rimangono gravati dalle ipoteche della moglie, come gli altri suoi beni proprj, e che non può altrimenti disporne se non col peso di queste ipoteche. Tale si è, d' altronde, il risultamento della nostra legislazione sulla comunione, e specialmente dell' articolo 1495 (a), nel quale si dice che la moglie che à rinunziato può valersi di tutte le sue azioni o di tutt' i suoi diritti, *tanto su i beni della comunione* che su i beni particolari del marito. L' esercizio di questi dritti è stabilito in un modo assoluto ed indefinito su i beni della *comunione*. Già non si dice *se ve ne sono* dopo lo scioglimento della comunione.

Io non ò fatto che presentare un succinto compendio di una disertazione che trovasi sulla materia in esame nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile, *tom. 19, pag. 187*. Essa è seguita da una decisione della Corte reale di Angers, del 26 agosto 1812. Questa decisione ammette il principio che l' ipoteca è un dritto formato, e che dalla moglie si acquista dal dì del matrimonio, quantunque sia subordinato a casi e condizioni eventuali: in una parola, che l' effetto dell' ipoteca della moglie la quale non à prestato il suo consenso alla vendita è soltanto incerto e sospeso fino allo scioglimento della comunione, ma che non per que-

(a) Questo articolo è stato soppresso dalle nostre LL. CC.

sto esiste meno di quel ch' esisteva; che non è siffatto scioglimento quello che fa nascere i dritti della moglie, e ch' esso non ne produce altro che l' apertura. Per amore di brevità, io non riferirò i motivi di questa decisione. Essi meritano di esser meditati. Vi si scorge la vera applicazione dei principj sulla materia.

La stessa controversia essendosi presentata alla Corte reale di Colmar questa giudicò diversamente. Parrebbe ch' essa vi si fosse determinata per particolari circostanze. Era la moglie di un ebreo che reclamava la sua ipoteca. Si riguardava come cosa pericolosa il far trionfare il sistema di questa moglie, poichè gli ebrei avendo tutta la loro fortuna in un portafoglio, non facendo acquisto di beni se non per venderli immediatamente con molto guadagno (trattavasi di compra e rivendita di beni del demanio), potrebbero fin d' allora gravar d' ipoteche legali a pro delle loro mogli, tutt' i beni che acquisterebbero, ed esporre in questa guisa gli acquirenti di buona fede ad essere evitti, od a pagar due volte, senza la speranza di un utile regresso contra i loro venditori. Ma, sul ricorso prodotto per annullamento, la Corte di cassazione, con decisione degli 8 novembre 1813, non si arrestò alle considerazioni, per serbare i principj. La decisione impugnata fu cassata, come quella che conteneva la violazione formale degli articoli 2121 e 2135 ✳ 2007 e 2021 del Codice civile, i quali assicurano alle donne maritate un' ipoteca legale su i beni dei loro mariti. Ed infatti non dovevansi far distinzioni là dove la legge fatte non ne avea. Questa decisione trovasi nella stessa Raccolta nel *tom. 22, pag. 436.*

Finalmente la controversia fu pure portata alla conoscenza della Corte reale di Orleans, e questa à adottati i principj medesimi, con decisione del

14 novembre 1817, riferita da Denevers *anno 1819, pag. 31, supp.* Ma ciò che mette il suggello alla giurisprudenza su questo punto di legislazione, è una decisione della Corte di cassazione, del 9 novembre 1819, riferita nella stessa Raccolta e nello stesso volume, *pag. 623, e 624.* Questa decisione è sopratutto rimarchevole per la precisione, ed esattezza de' suoi motivi.

« Visti gli art. 2121 e 2122 ✳ 2007 e 2008 » del Codice civile così concepiti, art. 2121. « I » diritti e crediti ai quali è attribuita l' ipoteca » legale, sono quelli delle donne maritate sopra » i beni dei loro mariti; » art. 2122, « Il cre- » ditore cui compete l' ipoteca legale, può eser- » citar la sua ragione sopra tutti gl' immobili spet- » tanti al debitore, e sopra quelli che potranno » appartenergli in avvenire colle modificazioni che » appresso si diranno. » Attesocchè, giusta i termini di questi articoli, tutt' i beni presenti e futuri del marito sono sottoposti all' ipoteca legale della moglie; che nel numero di questi beni van compresi gli acquisti della comunione, poichè una metà spetta attualmente al marito, e l' altra metà può spettargli eventualmente se la moglie non accetta la comunione; che, in conseguenza, essi sono legalmente sottoposti ai dritti della moglie in caso di rinunzia, che niuna legge esenta da questo peso gli acquisti alienati poi dal marito durante la comunione; che quindi non si possono esentare senza violare questi articoli medesimi; che se il marito à dritto di vendere questa specie di beni, durante la comunione, senza l' intervento della moglie, da ciò non ne siegue che s' ella rinunzia, ella non possa esercitare la sua azione ipotecaria sopra quelli ch' egli à alienati prima dello scioglimento, ammenocchè gli acquirenti non gli abbiano purgati per le vie legali; che in realtà il

dritto del marito a questo riguardo, è essenzialmente subordinato a quello che l'art. 1453 ✳ 1418 dà alla moglie, di rinunziare alla comunione, se non vuole accettarla; che da questo articolo deriva come necessaria conseguenza che nel caso di rinunzia gli atti fatti dal marito durante la comunione sono esclusivamente personali, e non possono per ciò fare ostacolo all'ipoteca della moglie, ed al dritto di esercitarla; che il sistema contrario esporrebbe la moglie a perdere i suoi diritti, mentre l'ipoteca su i beni acquistati e poi venduti dal marito durante la comunione, le ne assicura la conservazione senza nuocere ad alcuno, poichè il marito può farla ridurre, se per avventura l'ipoteca fosse eccedente; che coloro i quali contrattano con lui sono in libertà di non contrattarvi, conoscendo o non dovendo ignorare la condizione di colui col quale contrattano, e che se gli acquirenti vogliono purgare i fondi da essi acquistati, ben lo possono usando i mezzi legali stabiliti a quest' oggetto; — Attesocchè, nella specie, la moglie Adam à rinunziato alla comunione di beni fra essa e suo marito, che fin da quel momento la casa di cui è disputa è rimasta soggetta alla sua ipoteca, sebbene sia stata venduta dal marito durante la comunione, e che per conseguenza, la decisione denunziata, col giudicar l'opposto à violati gli articoli 2121 e 2122 del Codice civile; Cassa ec.»

Giova quì di far osservare che, giusta le discussioni le quali àn preparate queste decisioni, i principj da esse addottati erano anche osservati sotto l'impero dell'antica legislazione.

(La purgazione dell'ipoteca legale è una importante precauzione per qualsivoglia acquirente.)

249. Se si rifletta sulla estensione dei dritti annessi dalla legge alle ipoteche legali; se si osserva

che le mogli possono esercitarle in ogni tempo, astrazion fatta dall' epoche nelle quali i mariti possono aver sottoscritte delle obbligazioni in favore dei terzi, o fatte delle vendite, si vede che l' esercizio di queste ipoteche può ingannare o la sicurezza di un acquirente, il quale, il primo, avesse comprato, o quella di un creditore il quale, il primo, avesse avuta un' ipoteca, anche colla iscrizione, in un' epoca in cui un marito aveva beni a sufficienza, e più di quello che fosse stato d' uopo per far fronte a tutt' i dritti della moglie. Si rimane allora convinto della necessità, sia per parte dell' acquirente, sia per parte del creditore, di prendere tutte le precauzioni suggerite dalla legge, onde non esser vittima, in concorso della moglie, del debitore secondo la direzione ch' ella può dare all' esercizio de' suoi dritti.

E primieramente, supponghiamo che un marito, nel momento in cui vuol vendere, abbia 100,000 fr. di beni immobili: ch' egli ne venda *a Paolo*, per la concorrenza di 20,000 fr., che sua moglie abbia un' ipoteca legale, esente dall' obbligo della iscrizione, per una simile somma di 20,000 fr. in questo stato il venditore à 60,000 fr. di beni liberi. Egli li vende in seguito a *Pietro*, senza aver presa iscrizione su i proprj suoi beni per la conservazione dei dritti della moglie, uniformemente all' art. 2136 ✳ 2022 del Codice civile. *Pietro*, secondo acquirente, prende tutte le misure indicate dalla legge, affin di purgare l' ipoteca legale della moglie; questa serba il silenzio su tutte le notificazioni che le son fatte: non vi è iscrizione presa da lei, o per lei dalle persone invitate piuttosto che incaricate dalla legge a prenderla. Per la mancanza della iscrizione, nel termine prescritto, *Pietro*, secondo acquirente, paga al marito venditore il prezzo della vendita: esso n' è validamente libe-

rato, ed è al coverto dalle azioni della moglie: ma questa può quindi rivolgersi, per la conservazione della sua ipoteca legale, contro *Paolo* primo acquirente: mentre stante la natura ed estensione della sua ipoteca, essa à il dritto di esercitarla su i beni di suo marito, indipendentemente dall' anteriorità, o posteriorità delle vendite che questo ne avesse fatto. È agevol cosa il conoscere che *Paolo*, acquirente, per evitar questo danno, deve far purgare i beni da lui acquistati, dall' ipoteca legale della moglie del venditore, coi mezzi e per le vie conosciute, e ch' è inutile ch' io qui rammenti. Laonde la Corte reale di Orleans, nelle considerazioni della sua decisione, citata nel num. precedente, colla quale aveva giudicato che l' ipoteca legale cadeva sopra tutt' i beni *della comunione* a misura che il marito li vendeva, vi à inserita anche questa: « Dal che siegue che nella specie quelli che àn comprato dal marito debbono incolpar loro medesimi *di non avere utilmente purgato il fondo dall' azione ipotecaria legale.*

Vi è anche di più: il primo acquirente correrebbe il rischio di essere evitto, o di pagar due volte, anche nel caso in cui la moglie, quando ne à la capacità, giusta le circostanze determinate dalla legge, fosse intervenuta nelle vendite posteriori fatte da suo marito, ed avesse rinunziato alla sua ipoteca legale in favor de' suoi acquirenti. Ecco quello ch' è stato giudicato in massima da una decisione della Corte di cassazione, del 20 agosto 1816. *Denevers, anno 1816, pag. 545.* Rinvio al decisionista per poter conoscere la specie ed i motivi della decisione.

Io dirò solo che questa decisione è fondata su questi ineluttabili principj: 1.° che queste rinunzie sono di stretto dritto, che debbono essere ristrette alle sole persone in vantaggio delle quali

sono fatte giusta l'art. 1165 ✳ 1118 del Codice civile, e giusta ciò che risulta dalla legge 21, *Cod. ad senatusc, Vell.*; 2.° che per effetto della indivisibilità dell' ipoteca, il creditore à il dritto di perseguitare il suo pegno, presso chiunque si trovi, che la legge non prescrive niun ordine successivo nell' esercizio dell' ipoteca; ch' essa non distingue fra gli acquirenti anteriori, o posteriori, il che è la disposizione precisa della legge 8, *ff. de distrac. pig. et hypotec.*; 3. che non può dirsi di esersi praticato un dolo, quando si usa di un dritto legittimo: e quando il primo acquirente deve imputare a se medesimo di aver pagato il prezzo della compra fatta prima di aver purgato il fondo.

Non bisogna aspettarsi simili pericoli quando si contrae con persone oneste e morali. Ma la forza dei principj dev' essere il primo fondamento delle decisione giudiziali.

(Per quali altre ragioni è necessario di purgare il fondo dall' ipoteca legale.)

250. La necessità di purgarsi dall' acquirente le ipoteche legali, si fa sentire per altre ragioni. E da prima, senza questa purgazione d' ipoteche, l' acquirente può sempre essere molestato dalla moglie, sianvi o no altri creditori iscritti; il che risulta da quanto finora si è detto. Secondariamente, se vi sono altri creditori iscritti, le ipoteche de' quali conviene che sian purgate, e se, sulla notificazione della trascrizione, che dev' esser fatta a questi creditori, fa d' uopo devenire ad una collocazione tra loro, come si rende indispensabile, non si concepisce come questa collocazione possa farsi, senza che la moglie del venditore vi sia intesa: tranne che malgrado le misure prese dall' acquirente, per effetto dell' art. 2094 ✳ 2094 del Codice

civile, in vista di purgare il fondo dall' ipoteca legale, ella abbia serbato un ostinato silenzio. Quel ch' io dico di un marito venditore, si applica eziandio ad un tutore il quale vende, essendo simile lo stato delle cose, e trattandosi sempre d' ipoteche legali per purgar le quali deggionsi prendere le misure medesime.

Ed invero è impossibile che, senza saper se le ipoteche legali saran purgate, ovvero no, si proceda ad una collocazione, mentre questo giudizio diverrebbe inutile se la moglie o il tutor surrogato venissero in seguito a reclamare i loro dritti, ed a chiedere la divisione delle collocazioni a quelli fra i creditori che vi avessero partecipato. Bisogna osservare benanche, che ogni iscrizione si estingue col mezzo della sua radiazione sul registro del conservator delle ipoteche, dopo i pagamenti fatti dall' acquirente ai creditori iscritti dell' ammontar dei loro crediti, in conseguenza di una graduatoria, e sul rilascio de' mandati di collocazione, o in virtù d' un deposito.

Laonde, una decisione della Corte reale di Angers, del 14 luglio 1809, *Denevers*, *anno* 1810; *pag. 60*, *supplem.* fa conoscere che un acquirente aveva fatto a dei creditori iscritti le notificazioni richieste dalla legge, ma ch' egli aveva ritardato di troppo le misure necessarie per liberare il fondo dalle ipoteche legali. Prima di adempiere alle formalità atte a giugnervi, uno dei creditori iscritti aveva aperto il giudizio di graduazione; l' acquirente si vide costretto di opporsi alla distribuzione del prezzo fino allo spirar del termine accordato per la iscrizione delle ipoteche legali. I creditori replicarono a questa opposizione; ma essa fu accolta dai primi giudici, quantunque l' acquirente si fosse sulle prime presentato anch' egli al giudizio di graduazione, senza alcuna protesta. Il tribuna-

le considerò che niuna legge ordina a pena di decadenza la esecuzione delle formalità relative alla purgazione delle ipoteche legali, in un termine qualunque, e che lo adempir preventivamente queste formalità era necessario, affin di poter collocare le ipoteche legali, le cui iscrizioni potrebbero soppraggiungere, secondo il rango del loro privilegio, ed affin di non distribuire il prezzo di questo fondo a creditori posteriori nel grado delle ipoteche. Questa sentenza fu confermata nel giudizio di appello. Quindi, in un' altra decisione della Corte reale di Colmar, del 31 agosto 1811, rapportata *da Denevers anno 1812, pag. 25, suppl.*, trovasi che una moglie, la quale da prima erasi creduto male a proposito che non avesse conservata la sua ipoteca legale, e senza della quale erasi proceduto ad una graduazione, ottenne in seguito, contra i creditori, il conferimento e la restituzione delle somme per le quali erano stati graduati. La decisione, ciò nulla ostante, attesa la loro buona fede, accordò ad essi il favore di non esser condannati agl' interessi, se non dal giorno della domanda, e non dal giorno in cui essi riscossero le somme.

Dopo tutto quello che si è detto si è convinto, che un compratore può sempre essere molestato a motivo delle ipoteche legali, fino a che non adempie le formalità stabilite dall' art. 2194 ✻ 2094, per giungere a purgarle. Se, quando sono state adempite, la moglie non domanda gl' incanti, e non prende iscrizione nel termine di due mesi (il che vale anche pel tutor surrogato), il fondo riman libero presso l' acquirente da qualsivoglia ipoteca legale: egli non deve pagar che il prezzo. Nondimeno, per una giurisprudenza formatasi, la moglie, anche dopo spirati i due mesi durante i quali avesse serbato il silenzio, può presentarsi

nel giudizio di ordine, per chiedere la collocazione de' suoi crediti ai quali è annessa l' ipoteca legale. Ma ciò riguarda solamente i creditori, e non l' acquirente. Vedete quello che io dirò a questo riguardo nel num. 265.

(Rischi che corre colui il quale presta ad una persona i cui beni sono gravati da ipoteche legali, anche quando sembra solvibilissima).

251. In quanto a colui che presta nel caso qui sopra espresso, la sua situazione è diversa ed è anche dilicatissima. Partiamo dalla stessa ipotesi da me stabilita nel num.° 249. per la possidenza di una persona. *Pietro* ha 100,000 fr. di beni immobili; sua moglie à un' ipoteca legale di 20,000 fr.; egli contrae un obbligo particolare di 20,000 fr. specialmente ipotecando un suo fondo a *Paolo* che prende iscrizione: in seguito, vende a *Giacomo* i rimanenti 60,000 fr. di beni che sembran liberi: misure prese da *Giacomo* onde purgarli dall' ipoteca legale della moglie: alto silenzio di questa. Se la purgazione dell' ipoteca di questa si consuma, *Giacomo* può pagare il prezzo al venditore, ed essere al coverto dalle molestie della moglie: ma in prosieguo ella può, a norma dei principj esposti, esercitare la sua ipoteca legale sul fondo particolarmente gravato dall' ipoteca convenzionale stipulata con *Paolo*, malgrado la iscrizione da questo presa, dovendo l' ipoteca legale esser sempre preferita anche senza iscrizione. Qual' è il partito che dee prender *Paolo* per cavarsi da una si dura posizione? Si comprende ch' egli essendo semplice creditore non ha i medesimi vantaggi che avrebbe se fosse acquirente. La facilità colla quale avrebbe potuto purgare il fondo dall' ipoteca legale, avrebbe fatta cessare, anzi avrebbe tolta, e prevenuta ogni difficoltà.

E primieramente si comprende che a termini dell' art. 2136 ✳ 2022 vi sarebbe la risorta dell' azione di stellionato contro il suo debitore, per non aver preso su i suoi beni una iscrizione per le ipoteche legali di cui eran gravati, o per non aver dichiarata, al tempo che firmava le obbligazioni, l' esistenza di queste ipoteche. Ma questo mezzo quantunque sia una pruova della previdenza del legislatore, e sia sempre atta a frenare l' immoralità, può alla fin fine, divenire infruttuoso, e quindi è d' uopo ricorrere ad altro mezzo. Questo creditore non può da per se prendere una inscrizione in nome della moglie; una disapprovazione la renderebbe inutile; egli non può neppure prendere iscrizione come di lei creditore surrogantesi ai suoi diritti. Egli non è creditore della moglie, e non ha verun dritto di vigilare come parte interessata alla conservazione dei crediti di questa. Ella gode in questa circostanza della pienezza dei suoi dritti, è padrona di prendere una iscrizione, e di astenersi dal prenderla.

Ma si vuol sapere s' ella possa essere costretta dall' autorità del giudice a prendere una iscrizione. Ora, si dee propendere per l' affermativa. Sarebbe questo il caso d' invocare la disposizione dell' art. 1167 ✳ 1120, ove dicesi che i creditori possono in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal lor debitore *in frode delle loro ragioni*. Se il creditore può impugnare, e far dichiarar nullo un atto fatto in frode de' suoi diritti, è fuor di dubbio, secondo lo spirito della legge, che possa arrestare un atto il quale tendesse a pregiudicare i suoi diritti, e il cui effetto sarebbe irreparabile ove fosse consumato. Può praticarsi una frode colla omissione di un atto, come può praticarsi col farne uno, secondo le circostanze. In questo caso il marito e la moglie sono evidentemente in concerto

di restringere le ipoteche, permesso dalla legge. Ne indicherò fra non molto i mezzi.

(Delle obbligazioni della moglie. Ella può nella regola della comunione consentire che si ralluno le iscrizioni da lei prese sopra i beni del marito).

252. Dopo di avere spiegata la natura delle ipoteche legali delle mogli, e dopo di avere indicati i mezzi e le precauzioni che prender debbono gli acquirenti, ed i creditori del marito, debbo far conoscere le difficoltà che insorger possono intorno a talune obbligazioni delle stesse mogli, o intorno alle surrogazioni ch' esse potrebbero accordare alle loro ipoteche legali. Quel ch'io son per dire non può riferirsi che alle donne maritate nella regola della comunione. In quanto alla capacità delle mogli in generale, relativamente alla obbligazione che contrar possono, io mi sono già spiegato nel num. 53. e seguenti.

Certo che la moglie, nell' unico interesse di suo marito, e fatta astrazione dall' interesse della comunione, potrebbe obbligarsi ovvero rinunziare ai suoi diritti ed ipoteche. Per parte del marito questo sarebbe un abuso di autorità. Quando trattasi, riguardo al marito, di alleviare il peso di un' ipoteca legale che sarebbe più o meno inferiore al valor de' di lui beni, vi si può giugnere, ma solo prendendo le misure indicate negli articoli 2140 e 2144 ✳ 2034 e 2038 del Codice civile, e praticando le formalità prescritte da questi articoli.

Ma se, nell' interesse della comunione, per gli affari comuni, o per quelli del marito, la moglie è costretta a contrarre delle obbligazioni verso i terzi, ella può farlo col consenso di suo marito. Ella à dunque la facoltà di obbligarsi, d' ipotecare ed anche di vendere, sempre col consenso del

medesimo; ed allora si presume che la moglie è solamente garante del marito; ell' à, come ogni altro fidejussore, il suo regresso contro di lui: ma le sue obbligazioni rimangon ferme a fronte dei terzi. Tal è la disposizione dell' art. 1431 ✳ 1402 del Codice civile: « La moglie che si obbliga solidalmente col marito per gli affari della comunione, o del marito, non si reputa obbligata riguardo a lui, se non come mallevadrice: ella debb' esser fatta indenne per la obbligazione che à contratta. »

Quando si osservano i progressi della giurisprudenza, si trova che la controversia sulla incapacità della moglie, nel caso in quistione, à sulle prime incontrati degli ostacoli. Ma essi son derivati unicamente dall' aver confusi i casi previsti dagli art. 2140 e 2144 ✳ 2034, e 2038, con quelli enunziati nell' art. 1431 ✳ 1402, ed in altri articoli analoghi a questo, casi affatto distinti, e capaci di regole diverse. Infine la controversia è stata giudicata in massima dalla Corte di cassazione, con sua decisione del 18 febbrajo 1811, e con un' altra del 12 gennajo dello stesso anno, ricordata da una decisione conforme della Corte di appello di Genova, del 30 agosto 1811. *Recueil de jurisp. du Code civ. tom. 16., pag. 136, et tom. 17, pag. 417; Denevers, anno 1811, pag. 158.* Questa giurisprudenza è stata costantemente seguita da moltissime decisioni delle Corti reali.

Vi è di più: la decisione della Corte di cassazione, del 12 febbrajo 1811, emessa dalla sezione civile, nell' interesse della legge, ha giudicato in massima che la moglie maritata la quale si era obbligata solidalmente con suo marito, di garantire la vendita di un fondo sul quale aveva ella presa un' iscrizione ipotecaria, poteva dare il consenso in favor dell' acquirente di radiarsi siffatta iscrizione.

Questa facoltà era una conseguenza del poter ch' ella aveva di obbligarsi e di vendere coll' autorizzazione di suo marito. Consentendo alla cancellazione della sua propria ipoteca, ella facea quello soltanto che l' acquirente poteva forzarla a fare, dopo le sue precedenti obbligazioni, la esecuzione delle quali era fondata sulla legge. Io rimando ai motivi della decisione ed alle conclusioni del sig. Merlin riferite nella raccolta. Conviene arrendersi alla solidità de' suoi ragionamenti, ch' erano anche sostenuti da una luminosa dissertazione del sig. Tarrible, scritta per questo assunto.

Non è poi interamente inutile di richiamar l'attenzione sopra due atti del governo, da cui Merlin prendeva argomento con molta forza per sostenere la sua opinione, e che principalmente dovevano esser meditati dai conservatori, e procuratori regj. L'uno è una circolare del consiglier di stato, direttor generale dei dritti riuniti, in data del dì 8 aprile 1807, ov' è detto che l'ipoteca legale della moglie d' un ricevitore di dritti riuniti, sopra beni di quest' ultimo, svanisce per mezzo della cauzione solidale ch' ella contrae verso il governo. L' altro è una istruzione diretta dal ministro della giustizia, il 15 settembre 1806, a tutt' i procuratori generali e procuratori regj. Il ministro raccomanda a questi magistrati di non prendere iscrizione a nome della moglie che à venduto solidalmente con suo marito.

(Il timor dell' esercizio dell' ipoteca legale della moglie non può servir di base ad una iscrizione presa sui di lei beni, quando ella stessa sarebbe mallevadrice dell' esercizio della sua azione ipotecaria; in questo caso essa può chiederne la radiazione.)

253. Vi possono essere dei casi in cui l' ipoteca legale di una moglie sopra i beni di suo marito cessa perchè ella sarebbe mallevadrice della sua propria domanda. Quando questo accade, l' ipoteca legale non può servir di fondamento a iscrizioni

prese su i di lei proprj beni; e può ella medesima domandare la radiazione di queste iscrizioni. Per esser ben compreso è necessario un esempio, e lo prendo da una decisione della Corte di cassazione, del 18 luglio 1820: *Denevers, anno 1821, pag. 109.*

« Il 20 germinal anno 13 (11 aprile 1803) il sig. Valmalette vendè al sig. Augè la proprietà de Fegnat, pel prezzo di 27,000 lire, che furono pagate in contanti, colla garantia ipotecaria, che il signor Ganiac, suocero del venditore, diede in favor dell' acquirente per la sicurezza di questo pagamento. Il 16 vendemiare anno 14 (7 settembre 1806) il compratore fece trascrivere il suo contratto. Niun creditore s' iscrisse, talchè il fondo rimase solo gravato dall' ipoteca legale della sig. Valmalette, *nata Ganiac, sposa del venditore.* Il 20 agosto 1807, il sig. Augè domandò la iscrizione sopra i beni del sig. Ganiac, in virtù della garantia ipotecaria promessagli da quest' ultimo nel contratto di compra-vendita.

» Dopo che il sig. Ganiac fu morto, la sig. Valmalette, sua figlia e sua unica erede, chiese la radiazione di tale iscrizione, sull' appoggio che l' ipoteca era divenuta inutile e frustratoria, dacch' ella, sola creditrice iscritta sul fondo venduto da suo marito, aveva puramente e semplicemente accettata la eredità di suo padre, e trovavasi per ciò obbligata alla malleveria da lui stipulata. Da questo istante, ella diceva, io ò cessato di poter esercitare *contra il terzo acquirente la mia ipoteca legale per ragion della mia dote.* Questo acquirente, seguiva a dire, non mancherebbe di oppormi la massima, *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem reppellit exceptio*, poichè io nella mia qualità di erede di mio padre, sono obbligata di garentire questo acquirente da qualsi-

voglia azione ipotecaria relativa alla proprietà vendutagli dal sig. Valmelette, mio marito. »

La Corte di cassazione rigettò il ricorso prodotto contra una decisione della Corte reale di Tolosa, che aveva accolta la domanda. Ho ricordata la specie ed i motivi del ricorso, il che poteva farsi brevemente, per dispensarmi dal riferire i motivi delle decisioni relative a questa causa.

Questa decisione offre un esempio per tutt' i casi ai quali si possono applicare i medesimi principj. Laonde, supponiamo che una persona abbia venduti dei beni dotali di sua moglie, e che per la garentia di questa vendita, abbia data un' ipoteca speciale su i proprj suoi beni, e per questa il compratore avesse presa la iscrizione; è indubitato che la moglie del venditore, superstite al marito, potrebbe procurare ai suoi figli, eredi del loro padre, la radiazione della iscrizione, offrendo di ratificar la vendita de' suoi beni proprj; e se la moglie del venditore fosse morta prima di lui, e se dal loro matrimonio fossero nate delle figlie maritate colla regola dotale, queste, per essere eredi del loro padre, ed in tale qualità garanti de' suoi fatti, sarebbero nel dritto di domandare la radiazione della iscrizione, la quale da quel momento sarebbe senza oggetto.

(Della semplice obbligazione contratta dalla moglie.)

254. È mestieri di riflettere che una semplice obbligazione della moglie, verso un terzo, unitamente a suo marito, non è, a parlar propriamente, una surrogazione da lei fatta all' effetto dell' ipoteca legale su i beni di questo, e che siffatta obbligazione e la surrogazione all' ipoteca si regolano con principj che non sono i medesimi.

Non potrebbe esservi differenza trà una semplice obbligazione per parte della donna maritata e quella fatta da una persona qualunque, senza cessione di veruna cosa, e senza l' affezione speciale di un fondo. Ora in quest' ultimo caso quale sarebbe l' effetto della obbligazione? quello soltanto di rendere obbligati il debitore ed i suoi beni, salvo a far valere l' obbligazione per le vie di dritto, su questi beni medesimi. Suppongasi che questo debitore avesse un credito ipotecario ed iscritto sopra un fondo; colui verso il quale si sarebbe obbligato, certamente non avrebbe acquistata, in virtù di questa semplice obbligazione, la proprietà del dritto ipotecario del debitore. Questo dritto ipotecario potrebbe esser ceduto dal debitore ad ogni altra persona, ed al semplice creditore non rimarrebbe che la risorta della opposizione in un giudizio di graduazione subordinata, il quale non avrebbe luogo se non in caso di vendita dei beni del debitore, e dell' apertura di un giudizio di graduazione sopra il prezzo di questi beni medesimi, giusta l' art. 778 ✳ 861 del Codice di procedura. Questo prezzo sarebbe distribuito tra questo creditore, e gli altri che al par di lui, potrebbero essersi iscritti subordinatamente, prima di chiudersi il giudizio di graduazione, ma solo per contributo, ed in proporzione dei crediti.

Perchè accadesse diversamente, converrebbe supporre che le obbligazioni, a misura che si contraggono, attribuissero una vera ipoteca sopra i dritti della moglie. Ciò sarebbe avvenuto nell' antica legislazione, quando un dritto d' ipoteca era esso medesimo capace di essere ipotecato. Ma non è così nell' attuale nostra legislazione; in questa non si dà ipoteca sopra ipoteca. Noi crediamo di averlo stabilito nel num. 157.

Si vede che quello ch' io ò detto si appliche-

rebbe al caso di una sentenza di condanna ottenuta contro di una moglie e del suo marito, anche solidalmente, come nel caso di una semplice obbligazione. La solidalità estende la obbligazione, ma non ne cangia la natura; è una obbligazione fatta soltanto pel debito di un altro in qualità di garante. Non ne risulta già una cessione dei beni di un degli obbligati, sia a vantaggio di un altro degli obbligati, sia a vantaggio del creditore. Non ne deriva nemmeno un'ipoteca sul dritto ipotecario che appartiene alla moglie su i beni del marito, e non vi è per questo oggetto se non la via della iscrizione subordinata. Una sentenza di condanna ottenuta contro alla moglie produrrebbe, è vero, un'ipoteca generale sopra i suoi beni, coll'obbligo della iscrizione: ma l'effetto di tale sentenza si limiterebbe a ciò, e non ne risulterebbe altro che una semplice obbligazione da essa contratta, ed una surrogazione alla sua ipoteca legale sui beni di suo marito.

Che non si rimanga sorpreso da una esposizione di principj, che sembrano elementari: essa a' per oggetto di preparar le decisioni di molte importantissime controversie ch' io sarò per esporre.

(Surrogazione fatta dalla moglie alla sua ipoteca dotale.)

255. Una di siffatte questioni si è di sapere qual' è l'effetto che convien dare alla surrogazione che una moglie autorizzata da suo marito farebbe a vantaggio di un terzo, alla di lei ipoteca legale su i beni del marito, affin di assicurare vie maggiormente l'obbligazione dall'uno e dall'altra solidalmente contratta. Ora, questa surrogazione dovrebbe guardarsi con un occhio diverso da quel che si guarda la semplice obbligazione. Colui al quale la surrogazione sarebbe fatta, e che presen-

terebbesi ad una graduazione per la distribuzione di somme pervenute dai beni del marito, non eserciterebbe i dritti della moglie semplicemente come creditore, il che è il caso della graduazione subordinata: ma gli eserciterebbe come proprietario di quelli dritti medesimi a lui trasmessi per mezzo della surrogazione o cessione.

È senza contrasto che un dritto ipotecario può essere ceduto o venduto come qualunque altra cosa, sia mobile, sia immobile: è pure senza contrasto, che sebbene il creditore semplicemente surroghi e non dica espressamente ch' egli cede e trasferisce il suo credito, nulladimeno questa surrogazione à tutti gli effetti della cessione e del trasferimento. È una giurisprudenza antica, confermata da Renusson, *de la subrogation*, *chap. 10*, *num. 40*, e da *Auroux di Pomiers*, Costumanza del Borbonese, *art. 127*, *num. 6* (1). Quindi la persona surrogata viene a prendere nella graduazione l'ammontare del credito ipotecario ceduto, come l'avrebbe fatto la moglie medesima. Se, dedotto l'ammontar del credito pel quale la surrogazione è stata fatta, rimane altra somma, la moglie à dritto di prendersela, ovvero quegli altri creditori verso i quali ella si fosse semplicemente obbligata e che avessero presa una iscrizione subordinata.

Con queste idee sono state profferite due decisioni della Corte reale di Parigi, l'una del 15

(1) Rigorosamente parlando si potrebbe ritrovare una differenza, in quanto agli effetti, tra la cessione o trasferimento, e la surrogazione. Alcuni autori ne hanno fatta l'osservazione; ma siffatta distinzione è pressocchè inutile in pratica. Nondimeno si può vedere quel che dice il sig. Persil *Régim. hypoth.*, *art.* 2103, §. 2 *num.* 11.

maggio 1816, l'altra del 12 dicembre 1817. *Denev. anno 1817, pag. 55, ed anno 1818, pag 15. supp.* E l'una e l'altra danno la preferenza al creditor surrogato sopra quello che non lo è. Io credo che questa decisione debba fissar le idee sotto al rapporto del vantaggio che à la surrogazione all'ipoteca legale, sulla semplice surrogazione della moglie.

Ma la decisione del 12 dicembre 1817, à decise altre questioni capaci della più grande attenzione. Secondo questa decisione, vi erano molti creditori successivamente surrogati all'ipoteca legale della moglie, e fu deciso che ciascuna di queste surrogazioni avrebbe il suo effetto fino alla concorrenza del credito pel quale era stata fatta, dando la preferenza sugli altri. Fu giudicato che per le surrogazioni consentite dalla moglie, ella si era successivamente spogliata, e fino alla concorrenza dell'ammontare di ciascuna di queste surrogazioni, dei dritti risultanti dalla sua ipoteca legale, e ch' ella non aveva potuto con surrogazioni posteriori, recar pregiudizio a quelle cui ella precedentemente aveva acconsentita.

Ma questa decisione non è senza difficoltà, ed eccone la ragione. Molte persone surrogate all'ipoteca di un solo creditore non hanno veruna preferenza l'una sull'altra: esse concorrono tutte pei loro crediti pe' quali sono state surrogate, e colla sola data dell'ipoteca del credito al quale ciascuna di loro è stata parzialmente surrogata. Si può vedere quel ch' io son per dire intorno a ciò, nel num. 297.

Non pertanto io credo che debba riguardarsi come giusta l'opinione adottata dalla decisione. Io credo che il principio da me ricordato non ha luogo, in generale, se non quando trattasi di una surrogazione consentita da un creditore, astrazione

fatta da ogni obbligazione ch' egli contrae, o da qualsivoglia liberazione che intenda di procurarsi; e se non quando trattasi di una surrogazione fatta unicamente nell' interesse di coloro che la richieggono. Ma quando poi la surrogazione à luogo per effetto di una obbligazione contratta dal surrogante che à la facoltà di obbligarsi, o in vista di liberarsi a fronte di un creditore, allora ripugnerebbe ai veri principj riguardanti le obbligazioni, il dir che la surrogazione non produca il rilascio della porzione del credito per la quale essa sarebbesi consentita. O' già fatto osservar ciò nel num. 93. Questa osservazione vien confermata dalla indicata decisione. Del resto, ben si ravvisa che questo è un avvertimento per prevenire la difficoltà; il che può farsi con una stipulazione semplicissima.

Secondo la stessa decisione del 12 dicembre 1817, il primo de' creditori surrogati all' ipoteca legale della moglie, aveva presa iscrizione su i beni del marito affetti alla sua ipoteca: ma senza mentovar la surrogazione fattagli dalla moglie del debitore. Il secondo creditore, per l' opposto, aveva presa una iscrizione nella quale avea fatta menzione espressamente della surrogaziane fattagli dalla moglie del debitore. La iscrizione era stata presa tanto in virtù di questa surrogazione, quanto in virtù della obbligazione contratta dal marito e dalla moglie. Si cercava sapere se nel concorso dei surrogati alla moglie non fosse giusto di accordar la preferenza a quello che, il primo, aveva fatta iscrivere la surrogazione. La Corte reale di Parigi à opinato doversi fissare il dritto di ciascuno dei creditori surrogati, secondo la data delle surrogazioni, nulla brigandosi della mancanza d' iscrizione, e fondandosi sul principio che l' ipoteca legale esiste indipendentemente da qualunque iscrizione.

Ora è qua che incontransi gravi dubbj. La mas-

sima di questa decisione non può applicarsi a tutt' i casi, cosicchè essa divien capace di grandi modificazioni. Infatti, può concepirsi che se per un concorso di circostanze avviene che il creditore surrogato all' ipoteca legale della moglie, si presenti per prendere l' ammontar del suo credito, sia in un giudizio di graduazione, sia altrimenti, egli potrà riceverla secondo la data dell' ipoteca legale, cui sarà stato surrogato dalla moglie, comecche nella sua iscrizione non si fosse parlato di siffatta surrogazione. Ed in vero bisogna convenire che l'ipoteca essendo legale nella sua origine, passa al creditore surrogato con questa qualità e col privilegio annessovi. Ora il privilegio di questa ipoteca legale essendo di essere esente dalla iscrizione, fino al giudizio d' ordine, il creditore surrogato può opporre che in quel modo nel quale la moglie potrebbe ricevere la sua dote, senz' aver presa preventivamente iscrizione, nel modo stesso il creditore che la rappresenta e ch' è surrogato in tutt' i di lei dritti, à giusta ragione di reclamare ciò che spetterebbe alla moglie del debitore, quantunque non avesse fatta iscrivere la surrogazione, ma la sola obbligazione.

Questa pretensione però sarebbe egualmente fondata se, come nella specie della decisione, vi fossero altri creditori posteriori del marito, i quali fossero stati surrogati all' ipoteca legale della moglie, ed avessero presa iscrizione sopra i beni del marito, tanto in vigore della obbligazione quanto in vigor della surrogazione della moglie? Io opino che la negativa sarebbe senza opposizione: se ne comprende facilmente la ragione; questi ultimi creditori surrogati potrebbero rimproverare al primo creditore surrogato, di averli indotti in errore, per non aver presa, com' essi, la precauzione d'iscriversi in virtù della surrogazione della moglie

alla di lei ipoteca legale. Potrebbero dire che se il primo creditore avesse fatto conoscer loro per mezzo della iscrizione la surrogazione ottenuta dalla moglie, essi non avrebbero con questa contrattato, nè col di lei marito: che questi gli avrebbero ingannati, facendo fare dalla moglie in favor loro una surrogazione all'ipoteca legale, la quale rimaneva infruttuosa, stante la prima surrogazione da essi ignorata; essi direbbero che la iscrizione del primo creditore surrogato avrebbe dovuto rammentare la surrogazione all'ipoteca legale, per valere almeno come notizia di un trasferimento, notizia necessaria per far sequestro in mano del cessionario, e premunire in questa guisa i terzi dalle frodi che per effetto dell'ignoranza in cui sarebbero rimasti, potrebbero venir concertate tra il marito e la moglie.

Nè questo è ancora tutto: la iscrizione in forza della surrogazione potrebbe divenir necessaria per un altro riguardo, ch'è quello dell'interesse del medesimo creditor surrogato. Ciò accaderebbe nel caso in cui un compratore dei beni del marito, prendesse, in ordine alla moglie, quelle misure prescritte dalla legge, onde purgare l'ipoteca legale di lei. Se la moglie che avesse fatta la surrogazione legale di un terzo serbasse il silenzio, sebbene il compratore avesse prese queste misure, e se questo compratore, non conoscendo la surrogazione, pagasse il credito della moglie, il che, almeno in certi casi potrebbe farsi, egli sarebbe validamente liberato, ed allora il creditore rimarrebbe privo dell'effetto dell'ottenuta surrogazione.

Da tutto questo risulta dunque che il creditore del marito surrogato all'ipoteca legale della moglie, deve sempre, per non correre niun funesto rischio, prendere la sua iscrizione sopra i beni del marito tanto in vigor della obbligazione, che della surrogazione accordata dalla moglie.

(Vi sono due specie di surrogazione: l'una espressa, e l'altra tacita.)

256. Non può parlarsi dell' effetto di una surrogazione all' ipoteca della moglie, senza osservare ciò che dà un carattere ed un' esistenza alla surrogazione. Ciò può avvenire in due modi, o espressamente o tacitamente; e l' una à la stessa virtù dell' altra. Va detta la cosa medesima di tutte le obbligazioni, quando la legge non indica forme particolari perchè operino il loro effetto. Laonde la tacita surrogazione à luogo quando la moglie non si contenta di obbligarsi verso un terzo con suo marito, ma unitamente con lui ipoteca un fondo di proprietà del marito, o di pertinenza della comunione. Concorrere col nostro debitore ad ipotecare un fondo che ci è stato ipotecato, è un rinunziare alla propria ipoteca su questo fondo per investirne colui verso il quale questa ipoteca si promette. Evvi ancora tacita surrogazione ad un' ipoteca se nel mentre una persona si obbliga con un'altra, essa concorre con questa seconda alla vendita del fondo che le sarebbe ipotecato: questa persona concorrendo così alla vendita, trasmetterebbe la sua ipoteca al compratore.

Questi principj che per loro medesimi si sosterrebbero, possono essere rinforzati, almeno per illazione, dalle disposizioni della legge 4, §. 1. della legge 7, della 8, §. 6, e della legge 9, §. 1, ff. *quib. mod. pign. vel hypot. solv.* Il risultamento delle tre prime leggi è, che il creditore il quale consente alla vendita del fondo che gli è ipotecato, rinunzia alla sua ipoteca. *Si in venditione pignoris consenserit creditor, dicendum erit pignus liberari.* E giusta l' ultima legge, colui che avesse prestato il consenso ad un'ipoteca sul fondo a lui già ipotecato, dovrebbe riputarsi come se

avesse ceduta la sua ipoteca al secondo creditore. Questi principj sono stati anche adottati da due decisioni, l' una del 16 gennajo 1819, profferita dalla Corte reale di Parigi; l' altra del 22 luglio dello stesso anno pronunziata dalla Corte reale di Lione *Denev. anno 1819, pag. 23, e 1820 pag. 1. sup.*

Giusta la prima decisione, il signore e la signora Florent, avevano, il dì 27 gennajo 1814, prestato il loro consenso a favore del signor S Quintino per una obbligazione di 30,000 fr. per sicurezza e garantia della quale eglino avevano data in ipoteca unitamente, la proprietà detta *Vignole*, ch' era un acquisto della loro comunione. Questa ipoteca era stata iscritta a tempo utile. In prosieguo, con atto del 30 maggio 1816, la signora Florent, allora separata di beni, *fece una cessione di tutt' i suoi dritti*, a vantaggio del signor Lemoine, *con surroga alla sua ipoteca legale.* Sul prezzo del fondo detto *Vignole* si aprì un giudizio di graduazione. Elevossi una controversia di preferenza tra il signor Lemoine, ed il sig. S. Quintino. Il sig. Lemoine diceva, in appoggio della sua domanda di preferenza, che il sig. S. Quintino, non avendo alcuna surrogazione espressa per parte della sig. Florent, non poteva vietare a questa, o al di lei cessionario, di esercitare dritti de' quali ella coll' atto del 27 gennajo 1814, non si era spogliata. Ma si conobbe, in massima, che la stipulazione per parte della sig. Florent dell' ipoteca, unitamente a suo marito su i beni soggetti alla sua ipoteca legale, conteneva una tacita surrogazione, la quale equivaleva alla espressa; e che quantunque il sig. Lemoine avesse per se una surrogazione espressa, la prima però, che aveva lo stesso vigore, doveva esser preferita, come anteriore.

Nella seconda decisione trattavasi di una obbli-

gazione di 6,000 fr., fatta il dì 7 ottobre 1811, dal signore e dalla signora Lambert in favore del sig. di Rochetaillé. Eglino eransi solidalmente obbligati al pagamento di questa somma; e per assicurarla, avevano sottoposti *ad ipoteca speciale i fondi che possedeva il signor Lambert*, ch' essi dichiararono, a pena di stellionato, di non essere allora gravati da verun' altra ipoteca, tranne quella data in favore delle due sorelle del sig. Lambert. Il sig. della Rochetaillé aveva presa iscrizione a danno de' suoi debitori. Il 19 dicembre 1816 la signora Lambert si rese mallevadrice di suo marito verso il sig. Daviot, creditor di quest' ultimo in virtù di sentenze e decisioni; e per sicurezza di questa malleveria, *ella surrogò il sig. Daviot al beneficio dell' ipoteca legale* ch' ella aveva acquistata sopra i beni di suo marito. Un giudizio di graduazione si aprì sul prezzo dei fondi del sig. Lambert venduti per distribuirlo. La stessa questione di preferenza insorse tra il sig. Daviot ed il sig. della Rochetaillé. Daviot sosteneva ch' egli aveva una surrogazione espressa per parte della moglie di Lambert, a motivo della di lei ipoteca legale, che tale surrogazione lo costituiva proprietario dell' ipoteca, e ch' egli avrebbe potuto esercitarla pienamente, come l' avrebbe potuto esercitare la stessa signora Lambert. Egli diceva che il sig. della Rochetaillé, non godeva del medesimo vantaggio, poichè il suo titolo non conteneva se non un'obbligazione solidale contratta dal marito e dalla moglie unitamente, il quale, sebbene anteriore a quello del sig. Duviot, non gli attribuiva però verun dritto di preferenza, o di anteriorità, poichè per parte della moglie obbligata, non rinvenivasi una surrogazione espressa alla sua ipoteca legale. La Corte reale di Lione giudicò che la prima obbligazione della sig. Lambert conteneva virtualmente la stessa

efficacia della seconda; e che la prima doveva meritar la preferenza per la sua anteriorità. Essa à ammesso come principio che « la surrogazione e rinunzia ad un' ipoteca legale poteva operarsi espressamente, o tacitamente; ch' è espressa quando si trova stipulata in termini formali e diretti nell' atto nel quale si è convenuta; ch' è tacita quando si vede risultar chiaramente dall' insieme di tutte le disposizioni contenute nell' atto, talmentecchè non si possa ragionevolmente attribuir loro un altro senso; ch' è quello che avviene, per esempio, quando la moglie obbligata unitamente a suo marito, à insieme con lui proceduto sia all' alienazione d' un fondo sul qual' era imposta l' ipoteca legale di lei, sia all' ipoteca dello stesso fondo in favore del creditore verso il quale essa si obbligò ..... e che del resto, sia che la surrogazione o rinunzia all' ipoteca legale sia stata espressa, sia che sia stata tacita, in ambo i casi essa deve avere il suo pieno effetto e vigore. »

(Osservazioni concernenti la preferenza accordata alla surrogazione sulla semplice obbligazione.)

257. O' viste promuovere delle difficoltà sull' effetto che aver dee, giusta quel che si è detto, la surrogazione fatta dalla moglie, rispetto alla semplice obbligazione da lei contratta. Si accordava che se la surrogazione è fatta prima delle semplici obbligazioni, essa attribuir deve al creditor surrogato, il dritto di prendere, nel giudizio d' ordine, quel che sarebbe toccato alla moglie medesima, in preferenza di tutti gli altri creditori del marito, verso i quali ella si è obbligata: ma si credette che se la moglie si era da prima obbligata verso i creditori di suo marito, ella non poteva quindi, anche col mezzo della surrogazione alla sua ipoteca legale, distruggere l' effetto de' primi suoi obblighi.

Digitized by Google

Coloro che abbracciavano questa opinione la sostenevano dicendo, essere indubitato la moglie non poter essa stessa prendere le somme che le spetterebbero a danno dei creditori verso i quali ella si fosse obbligata, e non poterle nemmeno riscuotere i creditori da lei in seguito surrogati, per non avere un dritto maggiore del suo. Soggiugnevano, che il creditore il quale accetta l' obbligazione della moglie rimarrebbe in seguito deluso se un novello creditore, cui questa facesse una surrogazione alla sua ipoteca legale, venisse ad escluderlo in un giudizio di graduazione. In breve, difficilmente concepivasi il vantaggio della surrogazione alla ipoteca legale, sia espressa, sia tacita, sulla semplice obbligazione quando ella era anteriore alla surrogazione.

Ma tutte queste difficoltà derivar potevano dalla confusione che facevasi degli antichi e de' nuovi principj; ed è per rischiarare più particolarmente queste difficoltà ch' io ò cercato, nei numeri precedenti, di sviluppare con precisione i principj relativi alla semplice obbligazione, e quelli concernenti la surrogazione. Si è di già osservato che non può esservi ipoteca sopra un' ipoteca. Ora, egli è incontrastabile che una semplice obbligazione, per un effetto suo proprio, non investe il creditore di veruna porzione dei beni del debitore; che il creditore à soltanto il dritto di esercitare le sue azioni sopra i beni del debitore, per le vie legali. Il creditore che ha semplicemente la moglie per obbligata, non è investito del dritto ipotecario spettante a questa. S' egli vuol dirigersi sopra questo dritto, non à altro mezzo che quello della opposizione per una graduazione subordinata, al pari di qualunque altro creditore; laddove il creditore cui la moglie à fatta una surrogazione alla sua ipoteca legale, s' impossessa, a titolo di

proprietario, del dritto d' ipoteca ch' è un dritto reale sul fondo; ed al semplice creditore nulla rimane dopo la ricezione del credito pel quale è stata fatta la surrogazione.

Quando trattasi di determinare i dritti di proprietà, come nella specie, bisogna necessariamente regolarsi coi principj del dritto, per dilicati e sottili che siano, il che qualche volta avviene, secondo la natura delle materie: ma infine questi principj esistono. Non si è mai potuto somigliare un semplice creditore ad un proprietario. Un debitore che, malgrado la sua obbligazione, rimane proprietario di una cosa, ha per questo medesimo, il dritto di disporne. Quegli che si è contentato di una semplice obbligazione, dee rimanere nello stato nel quale si è messo. Egli può far sequestrare gli oggetti mobili del suo debitore: e l'opposizione per graduazione subordinata, non può paragonarsi ad altro che ad un tale sequestro. Ma se prima del sequestro, il debitore cui questi dritti appartenevansi, n' è stato soddisfatto o ne ha validamente disposto, come poteva benissimo disporne fino a che ne aveva egli la proprietà, allora ogni dritto di sequestrarli sparisce. La possibilità di commetter delle frodi, almeno per questa parte non è un dritto determinante. D' altronde la frode non potrebbe viziare un atto se non quando le due parti contraenti fossero di cattiva fede, ed avessero voluto rispettivamente prestarsi a questa frode. Ora, ben si conosce che colui il quale si è fatto surrogare all' ipoteca legale della moglie poteva ignorare le semplici obbligazioni che trovavansi già contratte; e quando anche ne avesse avuta conoscenza avrebbe potuto credere, giusta le leggi, ch' egli acquisterebbe un dritto di cui un creditor del marito, verso il quale la moglie si fosse semplicemente obbligata, non era investito: *vigilantibus jura subveniunt.*

Egli è pur vero che il creditore verso il quale la moglie si è obbligato semplicemente, avrebbe il dritto di riscuotere il prezzo, in tutte le circostanze, finchè si trova soltanto a fronte della moglie; nè questa avrebbe dritto a contrastarglielo. Ma perchè ciò? Perchè ella in qualità di debitrice deve far valere la sua obbligazione. Questa qualità la renderebbe garante del reclamo che avanzerebbe come creditrice di suo marito Ma è manifesta la differenza che passa tra questo caso e quello del creditor surrogato, il quale viene come un proprietario del dritto ipotecario di cui la moglie si era spogliato colla surrogazione o cessione da essa fattane.

Contra questa mia opinione ò visto opporre le disposizioni degli articoli 1166, e 2092 ✳ 1119, e 1962 del Codice civile. Primieramente, l' art. 1165 ✳ 1118 dice « Le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti: esse non pregiudicano, nè giovano ai terzi ecc. » E l' art. 1166 ✳ 1119 non è che una modificazione di questo primo articolo: « Nondimeno i creditori possono esercitare tutt' i dritti, e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali. » Nell' art. 2092 ✳ 1962, dicesi. » Chiunque è obbligato personalmente, è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni su tutt' i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri. » Continuando l' opposizione si dice: Il creditore tiene a se obbligati tutt' i beni del debitore, e può quindi esercitar sopra tutti, i suoi dritti: dunque il debitore non può impedirglielo con atti posteriori.

Non vi è illazione più falsa quanto quella che si cava da questi articoli per dare ad una semplice obbligazione lo stesso effetto di una surrogazione, che racchiude una cessione, ed un vero trasferimento. I principj elementari, consecrati in questi

articoli, sono stati in vigore in ogni tempo. Nelle antiche leggi ed in tutti gli antichi libri si ritrova che *quello il quale si obbliga, obbliga tutt' i suoi beni.* Che cosa à inteso di dire con ciò il legislatore? Che tutto quello che può avere e che avrà il debitore potrà esser soggetto al pagamento del suo debito. L' art. 2092 ✳ 1962 è stato scritto per preparare la disposizione contenuta negli art. 2093 e 2094 ✳ 1963 e 1964, che formano la base di qualsivoglia sistema ipotecario. In essi dicesi: « I beni del debitore sono la comune garentia de' suoi creditori, ed il prezzo si ripartisce fra essi *per contributo*, quando non vi sieno *cause legittime di prelazione fra i creditori* » — « Le cause legittime di prelazione sono *i privilegj e le ipoteche.* » Le obbligazioni non procurano dunque se non delle azioni e queste sono più o meno utili, a seconda del privilegio e della prelazione che esse ottengono, giusta le forme stabilite dalla legge.

Un creditore accetta dal suo debitore una semplice obbligazione. In prosieguo lo stesso debitore contrae con un' altra persona una obbligazione con ipoteca speciale seguita dalla iscrizione. Il primo creditore potrebb' egli opporsi all' esercizio del dritto ipotecario del secondo, dicendo che gli era *obbligato* lo stesso fondo? Certo che no, mentre vi è pel secondo un' ipoteca, laddove pel primo vi è una semplice obbligazione. Ora, se l' ipoteca produce questa preferenza, come mai colui che à la proprietà non dovrebb' essere preferito a quell' altro che ha una semplice obbligazione? Una preferenza risultante dalla proprietà è più possente di quella che si ricava dall' ipoteca. Il creditore ha certamente la facoltà di esercitare i dritti del suo debitore; è questo l' antico principio: *creditor in universum jus debitoris succedit.* Ma que-

sto esercizio è sempre subordinato ai dritti di privilegio o di prelazione acquistati da altri creditori, dritti che non si ha procurati colui che ha per se una semplice obbligazione. Un contributo proporzionale dei crediti è la regola generale fra i creditori: ma questa regola cede il campo alle eccezioni stabilite dalla legge, le quali danno i dritti di privilegio, di prelazione e di proprietà sulla cosa semplicemente obbligata.

Laonde la surrogazione all' ipoteca legale deve avere il suo effetto contra tutti i creditori del marito, verso i quali la moglie si è semplicemente obbligata, o che le obbligazioni sieno anteriori, o che sieno posteriori alla surrogazione.

Oltre a che queste riflessioni mi sembrano decisive in se medesime, io posso ancora fondar la mia opinione sulle due decisioni già citate, l' una della Corte reale di Parigi, del 16 gennajo 1819, e l' altra della Corte reale di Lione, del 22 luglio dello stesso anno. L' opinione da me avanzata si trova apertamente nello sviluppo dei motivi di queste decisioni. « Considerando, dicesi nella prima, che nella regola della comunione, la moglie può, coll' autorizzazione del marito, *alienar la sua dote e i suoi diritti, che non sono altro che tanti crediti contro al marito;* ch' ella può, in conseguenza, cedere e trasferire la sua ipoteca legale soggetta a questi crediti, surrogare, ed accordar l' anteriorità sopra di essa in favore dei creditori ch' ella surroga; che siffatte surrogazioni *possono non essere disgiunte dalla buona fede*, e che il creditore che non ha una surrogazione deve incolpare se medesimo di non averla ottenuta. »

Le parole della seconda decisione sono anche più decisive. » Attesocchè, ivi si dice, è principio costante che non vale l' ipoteca sopra di una ipoteca (il che per altro è vero solo nella nuova le-

gislazione); e che quindi tra creditori che hanno tutti l' obbligazione solidale, o la garentia della moglie di un debitore, non vi è mai luogo di stabilire secondo la data dei rispettivi titoli, verun dritto di prelazione o di anteriorità; ma che nel medesimo tempo egli è certo che una moglie dopo di aver fatta garentia a suo marito, il che non è per parte sua *che una obbligazione personale, la quale d' altronde le rimane la libera amministrazione de' suoi beni e de' suoi dritti in quel che possono consistere, può quindi validamente surrogare ogni altro creditore alla sua ipoteca legale*, o rinunziarvi a favor suo; il che, per parte della moglie è una vera alienazione del dritto d' ipoteca che le appartiene; e che allora il creditore il quale à ottenuto una tale surrogagazione od una tale rinunzia, *dev' essere preferito senza difficoltà*, allorchè trattasi di distribuirsi i denari dotali della moglie a *creditori anteriori in favor de' quali ella non avesse consentita che una semplice garentia*, una semplice obbligazione personale. »

Mio sentimento è dunque che conviene arrendersi all' autorità di queste decisioni, poichè fondate sulla ragione e su i principj. Simili difficoltà spariranno quando ci saremo un poco più familiarizzati col sistema delle ipoteche; quando infine si sarà perduto di vista questo antico principio che, può esservi ipoteca sopra un' ipoteca. Si potrà benanche allora rimaner sorpreso ch' io sia disceso a simili esami: ma io li stimo utili nel momento in cui scrivo.

Non vi è quindi creditore che non ravvisi tutto il vantaggio che à la surrogazione all' ipoteca legale per parte della moglie del debitore (nella regola della comunione, poichè tutto questo è estraneo alla regola dotale), sopra una semplice ob-

bligazione per parte della moglie unitamente a suo marito.

(Regole a seguirsi nel caso della vendita fatta congiuntamente dal marito e dalla moglie.)

258. Alcune volte succede che il marito e la moglie vendono solidalmente un fondo della comunione, o un fondo di proprietà di uno de' due conjugi. Giova il formarsi idee esatte sul grado di utilità che può procurare all' acquirente la partecipazione della moglie al contratto di vendita.

E da prima è d' uopo riflettere ch' è indifferente, nell' interesse del compratore, che vi sia una semplice vendita solidale per parte del marito, e della moglie, senza surrogazione espressa all' ipoteca della moglie, o che la vendita contenga espressamente questa surrogazione. La ragione si è che come io l' ho di già detto, la partecipazione solidale al contratto di vendita per parte della moglie, equivale ad una surrogazione espressa. Nondimeno, è sempre meglio di stipulare formalmente questa surrogazione.

Colui che acquista e che non paga il prezzo del suo acquisto, non deve senza gravi motivi, fare entrar la moglie come obbligata solidale nella vendita col marito; non può determinarsi a far ciò se non pel timore particolare di qualche molestia, od evizione: dapoicchè se questa causa non esiste, non vi è alcun bisogno della obbligazione della moglie; egli è al coverto dalla di lei ipoteca, prendendo le misure prescritte dall' art. 2194 ✳ 2094 del Codice civile, e dal parere del Consiglio di stato, del 1.° giugno 1807. Se la moglie serba il silenzio, il fondo riman libero dall' ipoteca di lei nelle mani del compratore, salvo alla moglie

di presentarsi al giudizio di graduazione, il che riguarda i creditori soltanto. Talchè le misure indicate producono il medesimo effetto della vendita fatta solidalmente dal marito e dalla moglie. Nè questo è tutto: stando a questa semplice misura l' acquirente viene esonerato da moltissime cure, che divengono necessarie, allorchè vuolsi esercitare l' ipoteca legale della quale vorrebbe avvalersi col mezzo della surrogazione; laddove quegli che à sborzato il prezzo della compra, il che probabilmente sarà stato l' effetto di alcune disposizioni del venditore di non alienare se non sotto a questa condizione, à il più grande interesse, sopra tutto se vi sono delle iscrizioni prese a danno del venditore, di vigilare alla conservazione dei dritti della moglie, colla mira di esercitarli ei medesimo; il che richiede molta attenzione.

Il compratore che trovasi in questo caso, può fare a meno di prendere, riguardo alla moglie, le misure da me indicate. Queste sarebbero contraddittorie colla surrogazione all' ipoteca legale. Egli non può temerne l' esercizio, poichè questo esercizio, appartiene al compratore, per la sicurezza della compra. Egli non dee temer gl' incanti, la provocazione dei quali è uno degli oggetti delle misure medesime, mentre l' incanto non è che un atto col quale si esercita l' ipoteca dalla moglie rinunziata a pro del compratore. È massima che nè il venditore, nè coloro che sono concorsi alla vendita possono promuovere e cercar l' incanto.

Qui cadono a proposito le riflessioni da me fatte nel num. 252, relativamente all' effetto delle obbligazioni convenute solidalmente dal marito e dalla moglie parlando sempre della comunione di cui qui si tratta. Ivi si conobbe come l' ipoteca legale della moglie di un ricevitore di dritti riuniti su i

beni di quest' ultimo, svanì col mezzo della malleveria solidale ch' ella contrasse col governo. E si conobbe ancora che il ministro della giustizia raccomandò ai procuratori regj di non prendere iscrizione in nome della moglie *che à venduto solidalmente con suo marito.*

Il compratore ch' è nella circostanza di cui si tratta, non deve dunque prefiggersi altro scopo se non quello di conoscere l' ipoteca legale della moglie, e di conservarla unicamente per lui, onde giovarsene nell' occorrenza quando si procederà al giudizio di graduazione. Ora, per adempire questo scopo, non si ha che a costringere la moglie a prendere essa medesima la iscrizione, senza che le misure relative alla purgazione delle ipoteche legali siano state osservate. Se la moglie non prende iscrizione egli potrà prenderla per essa ed in suo nome in qualità di creditor surrogato. Finalmente se la moglie non volesse presentarsi al giudizio di graduazione, egli la inviterà ad assistervi, onde dichiarare in che consistano i dritti risultanti dalla sua ipoteca legale, il cui ammontare, toccherà, se vi è luogo, a questo medesimo creditor surrogato (1).

Tutti gli atti da me indicati sono necessarj perchè il compratore surrogato possa, al tempo della graduazione, fissar cogli altri creditori i dritti della moglie, la liquidazione dei quali divien necessaria riguardo ad essi. Questi atti sarebbero indispensabili anche nell' interesse del com-

(1) La moglie può sempre presentarsi al giudizio d' ordine, ed un creditor surrogato può presentarsi per essa, sebbene non vi sia stata iscrizione nei due mesi dall' affissione del contratto, enunziata nell' art. 2194 ✳ 2094 del Codice civile, veggasi il num. 266.

prator surrogato, ond' egli non resti garante verso la moglie delle omissioni nelle collocazioni che potrebbero aver luogo, relativamente ai dritti di questa.

Siffatta teoria si conoscerà più facilmente col soccorso della pratica; ed io trovo questa pratica in una decisione della Corte di cassazione, del 14 gennajo 1817, Denevers *lo stesso anno pag. 97*, e Sirey *id. part. 1, pag. 146.* Secondo questa decisione una persona aveva fatta una compra da un marito ed una moglie, solidalmente obbligati. Il valor della compra fu pagato in contanti. Il compratore si vide obbligato a trascrivere: delle iscrizioni lo esponevano a pagar due volte il valor della compra. Ei dunque fece trascrivere, e prese le sue misure per poter purgare il fondo dalle ipoteche legali. Ma quello che importa di osservare si è, che egli non fece fare veruna notificazione alla moglie. Sembra come s' egli lo avesse fatto a bella posta, affin di evitare la difficoltà da me indicata, e che or ora si vedrà sviluppata. Nei due mesi prescritti dalla legge non vi fu iscrizione nè per parte sua nè della moglie. Ma questa dovendo ripetere una somma di 29,650 fr. in virtù della sua ipoteca legale, egli diresse contro di essa una procedura tendente ad ottenere ch' ella si fosse presentata nel giudizio di graduazione, ond' essere collocata per le somme ad essa spettanti, e delegate a lui queste somme, per indennizzarsi a questo modo delle perdite che doveva sperimentare pagando due volte il prezzo della sua compra.

Queste conclusioni furono accolte, ma la moglie non comparve nel giudizio d' ordine. Allora il compratore si presentò egli medesimo, e rinnovò la sua domanda di graduazione, come colui ch' esercitava dritti della sua debitrice. I creditori si opposero a questa domanda, sostenendo che l' ipoteca legale era stata purgata dal silenzio serbato dalla

moglie durante i due mesi prescritti dalla legge. Le opposizioni dei creditori furono rigettate: ma ben penetrando lo spirito della decisione, si conosce che ciò fu principalmente perchè, giusta la procedura, non vi era stata purgazione dell' ipoteca legale della moglie. Non le si era fatta veruna notificazione: una ve n' era stata al procurator regio: ma questa non poteva supplire a quella che doveva esser fatta alla moglie. Facendo le altre notificazioni poteva il compratore avere in mira di purgar tutte le ipoteche legali che avrebbero potute esistervi, diverse da quella della moglie che aveva fatta a lui la vendita unitamente al marito. Non facendo alla moglie la notificazione voluta dalla legge, *egli non l' avea messa in mora per prendere iscrizione, ed aveva lasciati sussistere tutt' i dritti di questa moglie sul fondo che l' era stato legalmente ipotecato.* In conseguenza fu deciso che il compratore poteva riscuotere l' ammontar dell' ipoteca legale, nel modo stesso che avrebbe potuto farlo la moglie, se fosse stata in giudizio.

I creditori opponevano al compratore un' altra ragione, ed era che la moglie vendendo solidalmente con suo marito, aveva necessariamente rinunziato all' ipoteca ch' ella vantava sul fondo venduto: ch' ella lo aveva fatto in un modo generico, e non già in un modo positivo e formale in favor del compratore; e che fin d' allora questo non poteva esercitare dei dritti che la sua stessa debitrice non potea far valere. Ma questo non era altro che un sofisma ed era maraviglioso che l' avesse adottato la Corte reale, la cui decisione fu cassata. Ben si vede con quanto fondamento questo mezzo fu riggettato dalla Corte di cassazione. Secondo l' art. 1165 ✳ 1118 del Codice civile, le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti. La rinunzia che risultava dalla obbligazione della moglie non potea allora,

giovare ad altri, fuorchè all' acquirente, ed era estranea a tutti gli altri creditori.

Devo qui far osservare che quest' ultima riflessione si applicherebbe ad ogni altra obbligazione della moglie, di cui ho fatta parola, come quella che risulterebbe dall' ipoteca ch' ella avesse unitamente consentita con suo marito, o di una surrogazione ch' ella avesse fatta a benefizio d' un creditore alla sua ipoteca legale.

(Affinchè i creditori della moglie potessero riscuotere le somme per le quali venne essa collocata, è necessario che sia separata di beni).

259. Nella decisione da me riferita opponevasi benanche al compratore ch' egli non poteva prendersi l' ammontare dell' ipoteca legale della moglie, di cui voleva esercitare i dritti, poichè questa non era separata di beni dal marito; e la decisione della Corte reale di Amiens aveva opinato che preventivamente doveva esser fatta cotesta separazione. La Corte di cassazione decise il contrario, con una ragione decisiva, quale si è quella che il marito della moglie obbligata, era *fallito*, e che a termini dell' art. 1446 ✳ 1410 del Codice civile, i creditori personali della moglie, quantunque non sia separata di beni, possono valersi delle ragioni della loro debitrice, quando vi è timor di *fallimento o di prossima decozione del marito*.

Ma siffatta quistione ci conduce naturalmente all' altra, se in generale, cioè, nella circostanza di cui si tratta, la separazione dei beni della moglie sia necessaria; poichè ben si ravvisa, ch' essa non fu giudicata dalla decisione. Ne deriva soltanto che non vi era luogo ad elevarla dacchè, nella controversia particolare, il marito era nello stato di fallimento. D' altronde se non vi è aperto fallimento può esservi prossima *decozione*,

e giova il saper quello che deve intendersi con questa espressione, poichè nel Codice non se ne rinviene la diffinizione.

Ora, egli è verissimo che in generale la moglie non separata di beni, non può ripetere la sua dote dal marito, poichè il dritto di goderne è una emanazione essenziale dall' autorità del marito, la quale non cessa altrimenti che colla separazione dei beni, o collo scioglimento del matrimonio. Si conoscono ancora gl' inconvenienti i quali vi sarebbero se i creditori di una moglie, potessero, senza il di lei consenso, chiedere la separazione dei beni. Nulladimeno può dirsi, con fondamento che tutto ciò à luogo relativamente alle semplici azioni della moglie debitrice contra il marito per far pronunziare sopra i suoi dritti contra di questo e per farli dichiarare acquistati. Ma quando la moglie si è obbligata col marito, giusta la facoltà che le vien dalla legge accordata, e quando i dritti del marito sono aperti, e la somma vicina ad essere riscossa, può credersi che allora il creditore sia fondato a riceverla, astrazion facendo dalla separazione dei beni. La moglie ed il marito sono obbligati solidali; or, come potrebbe avvenire che quando è fatta una liquidazione di ciò che spetta all' un di essi, e che tutto sia disposto onde quel che ne deriva sia riscosso, l' uno degli obbligati solidali possa far contrasto al creditor comune? Se fosse diversamente, ne risulterebbe che la moglie, col solo niegarsi a chiedere la separazione di beni, arresterebbe, in danno del creditore, l' esecuzione della legge. Laonde, le sole azioni non possono essere promosse senza la separazione di beni: ma tutt' i dritti acquistati potrebbero essere esercitati dai creditori, ricevendo delle somme prossime ad essere pagate, quando anche non vi fosse nè fallimento nè decozione, e parmi che così vada inteso l' articolo 1446 ✳ 1410 del Codice civile.

Del resto non vi sono difficoltà quando vi à fallimento o decozione prossima. Nel num.° 123 ò spiegati i principj relativi alla prossima *decozione*, e da quel che ò detto, specialmente in seguito di una decisione della Corte reale di Rennes, del dì 24 marzo 1812, vi è *decozione*, il che in sostanza vuol dire un' apparente insolvibilità, quando vi sono stati sequestri e pignoramenti di beni mobili ed immobili a danno del marito debitore. Cossicchè quando vi è stata spropriazione seguita da una collocazione, ovvero una vendita seguita dalla trascrizione, e dagl' incanti, sui quali si apre il giudizio di graduazione, vi è prossima *decozione*, e per questo stesso il prezzo della vendita o dell' aggiudicazione può essere riscosso dal creditore surrogato alla ipoteca legale della moglie, senza che vi sia separazione di beni o fallimento. Ed è anche difficilissimo che nel caso di cui si tratta, la moglie non abbia ottenuta, nel suo interesse, la separazione dei beni.

(Il marito avendo venduti i fondi dotali della moglie nella regola dotale, questa può reclamarne il prezzo contro ai creditori del marito, senza rivendicare i suoi beni venduti? Può ella esercitare le sue azioni dotali col mezzo della collocazione, vivente il marito, e senza essere separata di beni?)

260. Una decisione della Corte di cassazione del 24 luglio 1821, rapportata dal continuatore di Denevers *lo stesso anno, pag. 449*, à giudicate due quistioni di cui una è importantissima. Essa à deciso, 1. che la moglie maritata nella regola dotale, à, tutt' insieme, e l' azione di rivoca contro ai terzi acquirenti de' suoi beni dotali, ed un' ipoteca legale su i beni di suo marito; val quanto dire, che la moglie può a suo talento scegliere fra l' una e l' altra di queste azioni: 2. la decisione à giudicato che quando la moglie si determina per l' a-

zione ipotecaria, può farsi collocare, anche durante il matrimonio, quantunque ella non sia separata di beni, sul prezzo ricavato dalla spropriazion dei beni di suo marito, sequetrati dai di costui creditori.

Non è da trascurarsi l'esame della seconda quistione: ma la prima è di un maggiore interesse. Mentre, come ben si vede, la moglie potendo, secondo la sua volontà, convertire in contante i suoi dritti dotali, abbandonandoli, e reclamando invece il prezzo della vendita consentita dal marito o da se solo, ovvero unitamente alla sua moglie, la dote perde interamente il suo carattere, ed è snaturata. Le severe precauzioni prese dalla legge ad oggetto di proibire l'alienazione dei beni dotali, e conservarli alla moglie ed ai figli, divengono inutili. Gli effetti di tale rilascio possono riuscir funesti alla moglie ed ai figli; e la sorte dei creditori del marito è cangiata, e talora, in lor detrimento.

Siffatta controversia, merita dunque una particolare attenzione. È solo col soccorso di una profonda discussione, che si possono formare idee giuste sul modo com' essa va considerata. Ma prima di entrare in materia convien conoscere i fatti che hanno data causa alla decisione più sopra indicata.

Il dì 8 *floreal* anno 9 (29 aprile 1801) la signorina *de Belloi*, ed il sig. *de Croy-Chanel* contrassero matrimonio a Parigi. I parenti della futura sposa le costituirono in dote due considerevoli fondi. Nel contratto fu convenuto che non vi sarebbe comunione di beni fra i futuri sposi, i quali, per questa parte, rinunziarono alle disposizioni della consuetudine, e dichiararono di volere esser regolati per ciò che concerneva il loro matrimonio *dalle leggi dei paesi di dritto scritto*.

Durante il matrimonio, il sig. di Croy-Chanel e

la sua sposa venderono unitamente una parte dei beni dotali di questa per la somma di 78,009 fr. In seguito il sig. di Croy-Chanel fu spropriato del fondo nominato Treux da lui acquistato dopo del suo matrimonio. La sig. di Croy-Chanel si presentò al giudizio di graduazione apertosi sul valor di quel fondo, e chiese di esservi collocata per la somma di 78,009, fr. ammontar dei suoi beni dotali venduti.

I creditori ipotecarii del sig. Croy-Chanel si opposerono a siffatta pretensione, pei motivi, che dal Tribunale di Peronne vennero accolti, colla sentenza degli 11 febbrajo 1819, e che il decisionista assicura di essere stati così, presso a poco, concepiti.

« Attesocchè la sig. Croy-Chanel si è maritata colla regola dotale; che, secondo l'art. 1554 ✳ 1367 del Codice civile, gl' immobili costituiti in dote non possono alienarsi: che nulla ostante ella ne à venduta una parte unitamente a suo marito; ma che l'art. 1560 ✳ 1373, dà in questo caso alla moglie, ed ai di lei eredi il dritto di far rivocare l'alienazione dopo lo scioglimento del matrimonio, o la separazione dei beni; che questo articolo non accordandole se non questo dritto, esclude ogni altra azione; che ammettendosi, la moglie la quale si trova nella circostanza della sig. Croy-Chanel a dover essere collocata per la sua ipoteca sul prezzo dei beni di suo marito, ne seguirebbe ch'ella abbandonerebbe i fondi per prendere una somma mobile che potrebbe in seguito esser dissipata; ond'è che eluso e violato sarebbe il principio della inalienabilità della dote, tanto formalmente stabilito dall'art. 1554 ✳ 1367 del Codice civile. »

Sull'appello prodottosi avverso di questa sentenza per parte della sig. Croy-Chanel, la Corte reale

di Amiens con decisione del 22 giugno 1819, confermò la sentenza e rigettò la domanda della sig. di Croy-Chanel. Ma questa Corte non si decise a ciò pei motivi che avevano determinati i primi giudici, come siam per vederlo.

« Attesocchè trattasi di sapere se la sig. di Croy-Chanel ha dritto di essere collocata, per l'ammontar della vendita de' suoi beni dotali, sul prezzo dei beni di suo marito venduti con espropriazione forzata; attesocchè il contratto di matrimonio de' signori Croy-Chanel, stipulato a Parigi, il dì 8 *floreal* anno 9 (29 aprile 1801) contiene la clausola di esclusione dalla comunione de' beni e quella di esser soggetti alle leggi dei paesi di dritto scritto, *ma che non ne risulta una separazione contrattuale tra i due sposi; che se la moglie di Croy-Chanel à presa la qualità di sposa separata di beni nell' atto di appello*, ch' ella à fatto intimare ai suoi contrarj, ella però non à giustificato ch' abbia domandata, nè ottenuta giudiziariamente la separazione de' beni; talchè ella non può considerarsi, nè come separata contrattualmente, nè come separata in virtù di sentenza dal marito che l' ha benanche assistita nelle procedure, quantunque egli vi figurasse nel suo proprio nome, mentre era contro di lui che procedeva la spropriazione; attesocchè, secondo il dritto romano, la moglie à un' ipoteca tacita e legale sopra i beni del suo marito per sicurezza e conservazione della sua dote; che questa ipoteca è stata consecrata e mantenuta coll' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile, salvo l' abolizione del privilegio che dava alla moglie la prelazione anche su i creditori anteriori alla celebrazione del matrimonio; ma che la moglie non può esercitare e far valere questa ipoteca se non dopo lo scioglimento del matrimonio, o dopo che siasi separata di be-

ni dal marito; che senz' alcun dubbio le leggi romane accordavano alla moglie il dritto di ripetere la sua dote dal marito quando la indigenza di lui, ovvero il disordine de' di lui affari, mettevano in pericolo questa dote; ma che nei nostri usi convien che la moglie si diriga preliminarmente ai tribunali per far costare la necessità di togliere al marito l' amministrazione de' suoi beni dotali, e di darla alla moglie col godimento delle rendite, operazione conosciuta anche nei paesi di dritto scritto, sotto al nome di *separazione de' beni*; attesocchè, nella specie, non vi è stata alcuna separazione contrattuale fra il sig. e la sig. Croy-Chanel, e che questa non ha domandata, nè ottenuta la separazione di beni dal marito, ad oggetto di ricuperar la sua dote, od il valore de' beni dotali che sono stati venduti, durante il matrimonio; donde siegue che con ragione i primi giudici hanno detto che non vi era luogo a collocar la sig. di Croy-Chanel nella graduazione sul prezzo del fondo di Treux. »

La sig. di Croy-Chanel si provvide con ricorso per annullamento contro all' ultima disposizione di questa decisione, per la violazione della legge 30, *Cod. de jure dotium* e degli art. 2121, 2135, e 2195 ✳ 2007 2021, e 2096 del Codice civile. Su questo ricorso fu profferita la decisione della Corte di cassazione, sezione civile, i cui motivi debbonsi conoscere per potersi ben valutare.

« Vista la legge 30 *Cod. de jure dotium*, e gli art. 2121, 2135, e 2195 ✳ 2007, 2021, e 2096 del Codice civile, in contumacia di Rôband, e sua moglie, e facendo dritto tra tutte le parti; — Considerando che col loro contratto nuziale, degli 8 *floreal* anno 9 (29 aprile 1801) i conjugi Croy-Chanel stipularono che in quanto al loro matrimonio non si sarebbero regolati se non colle

leggi de' paesi di dritto scritto; che il dritto romano dà all' attrice, a motivo de' suoi beni dotali alienati, e *l' azione rivocatoria della vendita di detti beni, e l' azione ipotecaria sopra i beni di suo marito*, affinchè, come questa legge si spiega, l' attrice abbia, a questo riguardo, tutte le possibili garentie, *ut ei plenissime consulatur*; che il Codice civile, sotto l' impero del quale l' attrice à esercitata la sua azione ipotecaria, le à benanche conservata quest' azione nel modo più assoluto. L' art. 2121 ✳ 2007 accorda alla moglie il primo rango tra le ipoteche legali; l' art. 2135 ✳ 2021 fissa la data dell' ipoteca della dote al giorno del matrimonio, e la esenta dalla iscrizione; l' art. 2195 ✳ 2096 proibisce ai compratori dei beni del marito di fare verun pagamento a' creditori che non avessero un' ipoteca anteriore a quella che la moglie avesse fatto conoscere di appartenerle; – Considerando che questi articoli sono *comuni tanto alle donne maritate nella regola dotale, quanto a quelle maritate nella regola della comunione*, non esprimendo il Codice civile, e non indicando neppure veruna distinzione tra esse, rispettivamente alle ipoteche ch' egli accorda alle mogli sopra i beni de' loro mariti: che la moglie la quale si presenta ad un giudizio d' ordine, sul prezzo dei beni di suo marito venduti con espropriazione forzata, e fa conoscere i suoi dritti tanto legalmente quanto li farebbe conoscere quella che prende iscrizione dopo di una vendita volontaria, quando il compratore, volendo purgare il fondo, à fatto conoscere alla moglie personalmente l' acquisto da esso fatto, ed à adempite a tutte le formalità prescritte dall' art. 2194 ✳ 2094 del Codice civile; che così nell' uno che nell' altro caso, niun pagamento può essere fatto od ordinato a pro dei creditori, che non avendo ipoteca anteriore alla sua,

non possono essere utilmente collocati prima di essa; che se le circostanze sono tali che la moglie non possa essere attualmente autorizzata a riscuotere, questa non è una ragione per non collocarla secondo il suo rango, e per distribuire con danno di lei, tra i creditori posteriori il prezzo dei fondi su i quali ella doveva esser preferita; che allora spetta ai tribunali, dopo di aver collocata la moglie nel grado che le appartiene, il dichiarare che ella à dritto di pretendere che i fondi le sieno conservati fino a che potrà riscuoter le somme e far valida quietanza, sia coll' autorizzare il compratore a ritenerle presso di se, sia coll' ordinarne un impiego qualunque capace di assicurare il credito dell' indicata moglie. – Dal che risulta che la decisione della Corte reale di Amiens, la quale à ricusato di collocare l' attrice, ed à approvata la distribuzione del prezzo del fondo venduto a danno di suo marito fra i creditori ch' ella vince coll' anteriorità della sua ipoteca, à violate le leggi precedentemente citate; – Per questi motivi, *cassa.* »

Io non credo di poter esser tacciato di volere per presunzione o per capriccio combattere una decisione della Corte di cassazione. Ho sovente avuta occasione, nel corso di questo Trattato, di far osservare la saggezza delle sue decisioni, e non potrebbe quindi attribuirmisi una simile taccia. Io veggo in questa decisione il germe di una giurisprudenza che se progredisse in questa direzione produrrebbe conseguenze contrarie ai voti della legge sulla materia della dote, ch' è una delle più importanti. Queste conseguenze menerebbero ad eludere la intenzione dei padri, e cagionarebbe, almeno spessissimo, la sventura delle famiglie. Io sarei contento se mi si facesse conoscere ch' io m'inganno quando io ho adempito a quello che credo

un mio dovere; vale a dire quando avrò presentate osservazioni la cui utilità mi pare evidente.

La principale quistione si è, se una moglie maritata colla regola dotale, può effettivamente, e senza che la legge sia vulnerata, rinunziare alla revindicazione dei suoi fondi immobili dotali venduti da suo marito, o da essa e da esso unitamente per voler partecipare al prezzo dalla vendita de' beni personali del marito. La quistione è la medesima sia che il contratto di matrimonio sia stato stipulato vigente il Codice civile, sia che lo sia stato vigenti le leggi precedenti, come nel caso in disamina. Questa circostanza non produce veruna differenza nei principj. È manifesto che la legge sotto l' impero della quale gli antichi matrimonj sono stati contratti, è sempre la legge del matrimonio, e che essa non deve cessar di regolare i loro dritti e le loro convenzioni. Ch' è quello ch' io molte volte ò fatto osservare, e la Corte di cassazione à profferite molte decisioni sulla ipotesi di questo principio. Nondimeno, vi sono casi particolari nei quali questo principio sarebbe capace di esser modificato a seconda delle disposizioni del Codice civile. Ma qui non siam già nel caso della eccezione.

La seconda quistione consiste in sapere se la moglie, senza essere separata di beni, può agire contra suo marito, o contro ai terzi pel ricupero dei suoi dritti dotali: essa è puramente un accessorio della prima, e può dileguarsi secondo la decisione della prima quistione; dimodocchè io non ho che a dirne una sola parola.

Ora, relativamente alla prima quistione la negativa forma il più sicuro partito. Io non temo di sostenere, come un principio inalterabile, che ne' paesi di dritto scritto, e giusta le disposizioni precise delle leggi romane, gl' immobili dotali, erano as-

solutamente inalienabili; in guisa che non dipendeva nè dalla volontà del marito, nè da quella della moglie di venderli, e di convertirli in una somma di denaro da ripetersi su i beni personali del marito. Il principio della inalienabilità produceva questo effetto, che la moglie era sempre obbligata a conservare i suoi beni in natura, i quali, per la sussistenza de' suoi figli formavano una risorta ben più solida di quella che sarebbe derivata dalle somme, sempre fuggitive, provenute dal prezzo delle vendite. Non poteva esservi una derogazione a questo principio, se non in virtù di clausole e convenzioni particolari. Tali convenzioni le quali sarebbero una specie di legge convenzionale, avrebbero potuto esse solamente modificare la legge consuetudinaria.

Può forse stabilirsi il contrario di quello ch'io ho detto, invocandosi la legge 30 del *Cod. de jure dotium* che è il principal fondamento della decisione? Si rimarrà convinto di no, tostochè si conosca la disposizione e lo spirito di questa legge, e specialmente quando si confronterà con delle altre ov' è trattata veramente la materia.

Bisogna osservare che risalendo ai più antichi principj del dritto romano il marito riputavasi il padrone de' beni dotali, perchè la moglie glieli abbandonava. Era una tale presunzione o per dir meglio, era questa finzione che costituiva allora il principio della interdizione di alienare i beni per parte della moglie. Questa interdizione era più per vantaggio del marito che della moglie. È solo in prosieguo che i romani legislatori si son lasciati piegare dall'interesse particolare della moglie e dei figli.

Bisogna anche osservare che secondo le antiche idee ammesse dal dritto romano, quando i beni dotali, sien mobili sieno immobili, erano stimati al

tempo delle convenzioni matrimoniali, questa stima ne conferiva la proprietà al marito che diveniva debitore del prezzo.

In questo stato di cose l' imperator Giustiniano fece la legge 30, *Cod. de jure dotium.* Vi si scorge che il marito si reputò padrone della dote per un effetto di mera sottigliezza. Vi si considera, sotto lo stesso punto di veduta, la trasmissione della proprietà al marito per opera della estimazione dei beni dotali. Vi si scorge che secondo la verità ed i principj del dritto naturale, la proprietà della dote doveva essere della moglie. Nondimeno si prevede il caso in cui la moglie non volesse o non potesse rivendicare i suoi beni dotali, e siccome ella doveva avere almeno un' ipoteca sopra questi medesimi beni considerandosene il marito come se fosse il proprietario degli stessi, così si volle che se ella non rivendicava i beni, potesse almeno esercitare un' ipoteca pel prezzo della stima su questi beni medesimi; talchè si credette di favorirla accordandole o la facoltà della revindica o l' esercizio dell' azione ipotecaria. La facoltà di esercitar l' ipoteca, come quella della revindica ebbe luogo pe' beni mobili e per gl' immobili, mentre, secondo i principj del dritto romano l' ipoteca gravava del pari gli uni e gli altri.

Citiamo i termini di questa legge.

» *In rebus dotalibus sive mobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive immobilibus sive aestimatae, sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hipothecam vindicare,* CUM EÆDEM RES ET AB INITIO UXORIS FUERINT, ET NATURALITER IN EJUS PERMANSERINT DOMINIO. *Non enim quod*

LEGUM SUBTILITATE transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri; ideo REI VERITAS DELETA VEL CONFUSA EST. Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus, quasi propriis habere: et hypothecariam omnibus anteriorem possidere: ut sive EX NATURALI JURE ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive SECUNDUM LEGUM SUBTILITATEM ad mariti substantiam pervenisse videantur, PER UTRAMQUE VIAM, SIVE IN REM, SIVE HYPOTHECARIAM, EI PLENISSIME CONSULTATUR. »

Ma questa legge che non aveva alcuna stabilità di principj sul modo di conservare i beni dotali della moglie, fu corretta, o per meglio dire, interamente cangiata dalla legge unica *Cod. de rei uxor. act.* di cui fu benanche Giustiniano l'autore. In questa ricordansi le antiche leggi su questa materia, come per esempio la legge *Julia* di cui fu autore l'imperatore Augusto. Si sa non esser essa altrimenti conosciuta se non per la menzione che trovasene fatta in molti testi del dritto romano. Si sa puranche, che giusta la legge *Julia*, il marito potea vendere il fondo dotale purchè vi fosse intervenuto il consenso della moglie: ma che in niun caso, anche col consenso di questa, il fondo dotale potea venire ipotecato validamente. La ragione di questa differenza si è, che la moglie avrebbe conosciuto meno il pericolo dell'ipoteca che quello della vendita, non presentando la prima, come la presenta la seconda, l'idea spaventevole dello spoglio. Giustiniano rifuse tutta questa antica legislazione in una sola disposizione della legge unica, *Cod., de rei ux.*, §. *15*. Egli volle che il fondo dotale non potesse nè vendersi, nè ipotecarsi, anche col consenso della moglie. *Necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire: hoc tantum modo addito, ut fundum dotalem non solum*

hypothecae titulo dare, nec, consentiente muliere, maritus possit, SED NEC ALIENARE, ne, fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam. »

Ciò non pertanto, Giustiniano lasciò sussistere, nella stessa legge, le antiche sottigliezze del dritto romano, relativamente al caso in cui i beni dotali fossero stati estimati. Ma questo non à che fare colla quistione, ed anche col dritto francese attuale, giusta gli art. 1551, e 1552 ✳ 1364, e 1363 del Codice civile. Questi articoli ànno avuto per oggetto di cancellare simili distinzioni, che sono state il motivo di tante difficoltà, e di tante divergenze di opinioni nell' antica giurisprudenza, la cui sottigliezza era benanche riconosciuta dalla legge 30 *Cod. de jur. dot.*

È in questa legge unica del *Cod. de rei ux act.* che si rinviene il principio positivo della inalienabilità assoluta dei beni dotali, anche col consenso della moglie. È questo l' avviso di tutti gl' interpreti del dritto. Borcholten, citando questa legge sul §. 1. del tit. 8. delle *Istituzioni*, dice: *Caeterum, Justinianus legem Juliam correxit,..... et alienationem, itemque obligationem, ETIAM CONSENTIENTIBUS MULIERIBUS PROHIBUIT.* Vinnio su questo medesimo §, tiene il medesimo linguaggio: *Justinianus praedium dotale, nulla in regione, NE EX VOLUNTATE QUIDEM UXORIS vel alienari vel pignerari permisit, ne, fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam, § et cum lex Cod. de rei ux. act.; ad exemplum dotis immobilia ante nuptialis donationis, ETIAM CONSENTIENTE MULIERE, prohibentur alienari. Nov. 61.*

Questo è l' ultimo stato della romana legislazione intorno a questa materia, e da esso risulta che non può prendersi in considerazione la legge 30,

Cod. de jur. dot. la quale è divenuta affatto estranea alla controversia.

Perchè, giusta il disposto dalla legislazione romana, il fondo dotale era assolutamente inalienabile, anche col consenso della moglie, per questo, le Consuetudini che ne avevano a questo riguardo adottate le disposizioni, ne proibiscono la vendita nei termini più efficaci. Il che si osserva nella Consuetudine di Auvergne, la quale è di questo numero, *art. 3 del tit. 14*: « Il marito e la moglie, ivi è detto, unitamente o separatamente, durante il matrimonio o la *parola* di contrarlo, non possono vendere, alienare, permutare nè disporre altrimenti dei beni dotali della detta moglie in suo pregiudizio, e tali disposizioni ed alienazioni *sono nulle e di niun vigore.* » Anche Basmaison, uno dei più antichi e più saggi commentatori di questa Consuetudine, diceva: « La legge antica ch' era stata fatta per proibire l'alienazione dei beni dotali, vien rinnovata e confermata da questa Consuetudine. » Nel margine del commentario si vede citata la legge unica, §. *cum et lex*, *Cod. de rei ux. act*: ed il §. 1. delle *Istituzioni, quibus alien. licet vel non*, come le sorgenti dalle quali aveva egli attinta la sua assertiva.

Suppongasi che si elevasse la quistione per una donna maritata sotto l' impero di questa Consuetudine, o di qualunque altra a questa simile (mentre ve ne sono parecchie concepite collo stesso spirito); crederebbesi che questa moglie potesse prendere il partito preso dalla sig. Croy-Chanel? È facile il preveder quello che dovrebbe pensarsene. Nondimeno quello che si deciderebbe in un caso dovrebbe decidersi anche nell' altro. I principj stabiliti da queste Consuetudini sono i medesimi di quelli consecrati nella legge unica, *Cod. de rei ux. act.* Le acri espressioni delle Consuetudini sono una con-

seguenza sovrabbondante della disposizion principale.

Osservo che da più di quarant' anni ò vista mettere in disputa, ed a più riprese, la quistione di cui si tratta, al tribunale della siniscalchia antica di Auvergne di Riom, così per quei paesi della provincia di Auvergne, regolati dalla Consuetudine, come per quelli della stessa provincia regolati dal dritto scritto; ed ogni volta, i giureconsulti più riputati di questo antico tribunale, giustamente celebre, si pronunziavano con molta forza per la negativa. Se fosse stato permesso, eglino dicevano, alla moglie di abbandonare i suoi fondi dotali venduti dal marito, o da essa con lui, per prendersi il valor delle vendite, ciò sarebbe stata una manifesta violazione dello statuto che stabilisce la inalienabilità della dote; sarebbe stato un cavar la moglie dalla circostanza nella quale l'avea messa la legge, e ve la obbligava a rimanere. La sua sorte sarebbesi assolutamente cangiata. Essa correrebbe il rischio di dissipar la sua fortuna, che trovavasi sotto la protezione della legge, e che, giusta il voto della sua famiglia, doveva essere necessariamente conservata, rimanendo in fondi immobili, com' essa era; sarebbe stato un far passare la moglie dalla regola dotale a quella della comunione, senza che godesse i vantaggi di quest' ultima, poichè non potrebbe partecipare agli acquisti che far si potevan dal marito. A quante frodi non potrebbe ancora essere esposta la moglie? I suoi beni potrebbero esser venduti ad un prezzo vilissimo; vi potrebbero essere state delle contro scritture per dissimulare il vero prezzo; e la moglie essendo sotto la dipendenza del marito, non potrebbe evitar le perdite che questo le volesse far soffrire.

Direbbesi forse che tutto diviene regolare quando il magistrato autorizza la scelta fatta dalla moglie di un prezzo qualunque per rimpiazzo de' suoi

fondi dotali? Ma ecco precisamente quello che il magistrato non può nè deve autorizzare. La convenzione che far non potrebbe la moglie con atto davanti notajo, non può farla innanzi ad un tribunale nemmeno; ella dovrebbe essere costretta dal magistrato medesimo a non perdere i suoi beni dotali in natura. Questi beni possono essere alienati, ma solo nei casi di eccezione indicati dalla legge e colle formalità tutelari da questa prescritte.

Ma riflettendo alla condizione de' creditori del marito, specialmente sotto un sistema di pubblicità d'ipoteca, veggonsi accrescere gl' inconvenienti i quali risulterebbero da un cangiamento di quello stato in cui la legge, o le convenzioni matrimoniali ve l' hanno messa. I terzi che transiggono col marito, e che sanno la dote della moglie consistere in beni immobili, non posson nulla temere da' di lei reclami su i beni del marito. Nondimeno, se la vendita di questi beni non si fa che dopo, può risultare, secondo il sistema della decisione della Corte di cassazione, un' ipoteca legale a favor della moglie sopra i beni del marito, la quale si troverà anteriore alle obbligazioni contratte da questo coi terzi: poichè ben si comprende che la moglie aver dee un' ipoteca legale, a contar dal dì del suo contratto di matrimonio, su i beni del marito per lo ricupero del prezzo de' suoi beni venduti. Ora, quale risorta aver potrebbero i terzi per la validità delle obbligazioni contratte a fronte di essi dal marito? Le ipoteche ch' eglino avrebbero sopra i beni di questo sarebbero vinte da quella della moglie, sulla quale non si contava; e queste medesime ipoteche non potrebbero essere trasportate su i fondi dotali venduti, che non erano e non potevano essere ipotecati dal marito, e riguardo ai quali non vi sarebbe nè ipoteca legale, nè ipoteca giudiziale. Non si può fa-

cilmente concepire l'idea di una surrogazione in favor dei creditori ai dritti della moglie su i fondi dotali venduti; e potrebbero essi venir col medesimo grado d'ipoteca sopra i beni proprj del marito?

Veniamo agli art. 2121, 2135, e 2195 ✳ 2007, 2021, e 2096 del Codice civile, invocati dalla decisione della Corte di cassazione. Qui presentasi una riflessione molto semplice, ed è, che questi articoli manifestamente si applicano ai soli casi dell' ipoteca legale, che la moglie esercita sopra i beni del marito per la sua dote in beni mobili. Ora non può trovarsi verun punto di paragone tra un' ipoteca legale per causa di somme dotali, ed un dritto di proprietà d'immobili dotali, di cui non può mai la moglie essere spogliata, anche col suo consenso: altrimenti si rovescerebbero il sistema ed il principio della dote.

Questi principj non sono consecrati dagli articoli più sopra citati: essi lo sono dall' art. 1554 ✳ 1367, « Gl' immobili, dicesi in esso, costituiti in dote non possono alienarsi, o ipotecarsi durante il matrimonio nè dal marito, nè dalla moglie, nè da entrambi unitamente; salve le seguenti eccezioni. » Queste eccezioni sono indifferenti per la discussione della controversia. Si conosce che questo articolo à per regola i medesimi principj stabiliti della legge unica *Cod. de rei ux. act.*

Invano direbbesi che basta che i tribunali, per la conservazione delle somme che spettar debbono alla moglie, prendano delle precauzioni simili a quelle indicate dalla decisione. Ma è chiaro che nulla può supplire alla esistenza degl' immobili dotali in natura, che sparirebbero. Con ciò trasformerebbesi una dote in beni immobili, in una dote in beni mobili; ed ecco quello che la legge non vuole. Siffatte precauzioni certamente sono utili, ed il magistrato si conduce saggiamente, supplen-

do per questa parte al silenzio della legge: ma ciò non può accadere se non quando trattasi di somme mobili dotali che spettano alla moglie, e quando ella è separata di beni (veggasi quel ch' io dico nel num. 35) laddove i rimanenti fondi dotali, e tutt' i dritti della moglie, che non possono cangiar natura, riseggono nell' esercizio della revindicazione di questi immobili, o dopo la separazione dei beni, o dopo dello scioglimento del matrimonio.

Non potrebbe far breccia il dire che soventi volte per la moglie sarebbe più vantaggioso il prendere il prezzo della vendita de' suoi beni immobili, di quello che il sia il revindicarne la proprietà; che ciò accaderebbe se il compratore gli avesse considerevolmente deteriorati, o se vi avesse fatte delle migliorie considerevoli che convien pagare, il che talvolta la moglie non può fare.

Son questi dei casi particolari: ma io esamino la quistione in massima generale. Del resto, se questi casi particolari accadessero, la moglie dovrebbe ricorrere ai tribunali, i quali invigilerebbero su i di lei passi: e questo non potrebbe esser fatto da essa se non quando fosse separata di beni. Ma sarà sempre riprovato dalla legge che la moglie possa da se sola, arbitrariamente, e mentre è tuttavia sotto all'autorità del marito, convertire i suoi beni immobili in una somma di denaro.

In ordine alla seconda controversia, è indubitato, in massima, che la moglie vivente il marito, non può senza essere separata di beni, pretendere i suoi dritti dotali sia contra lo stesso marito, sia contra i terzi. Questo antico principio vien confermato dal celebre Dumoulin, sull' art. 4 della Costumanza d' Auvergne. Egli suppone che la moglie sia separata di beni: *quid? si mulier separetur a viro*, ed egli dice che allora ella può

ricorrere alla sua dote; *et statim ad dotem agere potest, etiam vivo marito, idem de civili morte mariti.* Egli si fonda sulla legge. *Adhuc, Cod. de jure dotium.* Coquille nella sua 105 quistione sugli articoli delle Consuetudini, opera delle più profonde sul dritto francese, stabilisce ampiamente il principio. Ve ne sono due ragioni; l' una si desume dal rispetto dovuto dalla moglie all' autorità maritale; l' altra dall' attribuir che la legge fa al marito l' usufrutto dei beni della moglie, e che questo usufrutto non gli si può togliere se non per mezzo della separazione di beni, giudiziariamente ordinata. Tutto questo è divenuta in Francia una massima generale, confermata anch' essa dall' art. 1560 ✳ 1373 del Codice civile.

Ma la Corte di cassazione non ha giudicato il contrario; e questo non si presumerà mai. Essa à solamente creduto che, per circostanza particolare della sig. di Croy-Chanel, trattandosi di un atto puramente conservatorio per parte sua, ella aveva potuto agire, quantunque non fosse separata di beni, ed in ciò à cassata la decisione della Corte di Amiens, che si era pronunziata unicamente per lo rigetto. Essa à pure indicate le misure di sicurezza in favor della moglie per lo impiego delle somme. Ma la difficoltà sul fondo della quistione sussiste sempre: si volea sapere se la moglie che si trovasse nel caso della sig. Croy-Chanel, poteva arbitrariamente convertire la sua dote di beni immobili in denaro contante. La negativa risulta dalla decisione del tribunale di Peronne. Questo tribunale invero à decisa la quistione come se gli presentava, e nel suo tutto. Esso à giudicato che la pretensione della sig. di Croy-Chanel incotrava l' ostacolo dei principj del dritto. Da tale sentenza si desume che così doveva giudicarsi, o che questa signora fosse stata separata di beni o che nol fosse stata. Questa sentenza era legale? Io credo di si.

(Di alcune controversie che dipendono dalla conciliazione dell' antica colla nuova legislazione relativamente alle obbligazioni delle donne maritate.)

261. Mi trovo di aver già detto che in generale la capacità delle donne maritate sotto l' impero dell' antica legislazione, in quanto alle obbligazioni o vendite che possono contrattare, è soggetta alle leggi, vigenti le quali han contratto il matrimonio, che son quelle del loro domicilio, o a qualsivoglia altra legge particolare scelta per regolare il loro contratto di matrimonio. La quistione da me trattata nel num. precedente, offre un esempio di quest' ultimo caso. Queste leggi possono per molti punti essere in opposizione col Codice civile: ma esse non han potuto continuare ad essere la regola delle obbligazioni forse contratte dalle mogli durante il matrimonio, senza di che darebbesi un effetto retroattivo alle nuove leggi. Simile effetto retroattivo si crederebbe sempre nocivo alle mogli, anche quando le nuove leggi accrescessero o dasser loro una libertà di cui venivano private dalle leggi che regolar doveano il loro matrimonio o dalle convenzioni che tenevan le veci di quelle. L' applicazione di questo principio pare semplicissima, e ciò nulla ostante s' imbatte in tali difficoltà che riesce indispensabile il conoscerle.

Convien distinguere le Consuetudini che pronunziavano contro della moglie la proibizione assoluta di obbligare o vendere i suoi beni dotali, da quelle che le permettevano di obbligarli o di venderli, ma sotto particolari condizioni che le dovessero procurare un regresso ovvero una indennità su i beni del marito, con ipoteca risalendo all' epoca del matrimonio.

Nel primo caso, la proibizione di obbligarsi o di vendere, esiste contro della moglie durante tutto

il tempo del matrimonio. Questa proibizione non è modificata nè nella sua durata, nè altrimenti dalle disposizioni del Codice civile, che potrebbero essere contrarie. Se ne ravvisa facilmente la ragione. La legge che ha dovuto regolare il matrimonio conserva il suo impero fino a che il matrimonio sia sciolto; essa non ha potuto essere offesa da una legge novella che si renderebbe retroattiva. È con queste idee che la Corte reale di Parigi à profferita una decisione, il primo luglio 1809. Costa dal fatto di questa decisione che una moglie si era maritata nel 1788, e si aveva costituito in dote tutt' i suoi beni presenti e futuri, e il matrimonio era stato contrattato in un paese regolato dalle leggi romane, che, come ognun sa, proibivano assolutamente ogni sorta di obbligazione, e di alienazione, dei beni dotali. In seguito il marito sottoscrisse un' obbligazione a favore di un terzo, sotto l' impero del Codice civile, e la fece benanche sottoscrivere solidalmente dalla moglie. Questa prese iscrizione ipotecaria pei suoi beni dotali, sopra un fondo di pertinenza del marito. Il creditore impegnò la moglie a cedergli il suo dritto di anteriorità su questo fondo, il che fu fatto col consenso del marito. Quando si venne al giudizio di graduazione sul prezzo della vendita del fondo, il creditore domandò di essere collocato cessionario della moglie. Questa vi si oppose sostenendo che, cedendo il suo dritto di anteriorità d' ipoteca, ella aveva fatta un' alienazione vietata dalle leggi romane, sotto l' impero delle quali erasi maritata. Il creditore, per combattere questa pretensione, diceva che il Codice civile avendo abrogate queste leggi, e gli atti di cui trattasi essendo posteriori al Codice, la cessione che contenevano era valida. Egli soggiugneva che un atto conservatorio, il quale poteva essere trascurato dalla moglie, non costituiva una vera alienazione.

La Corte reale confermò una sentenza del tribunal civile di Versailles, la quale aveva aggiudicate le conclusioni della moglie. I motivi della decisione furono che gli sposi, maritandosi, avevano regolate le convenzioni civili del loro matrimonio, uniformemente al disposto del dritto scritto; che fin da quel punto, tutto quello ch'era stato portato in dote dalla moglie, o che l'era pervenuto, era stato costituito come inalienabile, *durante il tempo del matrimonio*; che l'abrogazione fatta dal Codice civile di tutte le leggi romane, non potea *cangiar la natura dei beni dotali fissata dai contratti di matrimonio, anteriori*; che abrogando il *senatusc. vellejano*, il Codice civile à data solamente la capacità alle mogli di *garentire e di obbligarsi pe' i beni non dotali, e disponibili al momento della obbligazione.* Finalmente la decisione contiene un ultimo motivo che dev' essere meditato, e si è, che la *cessione dell' anteriorità dell' ipoteca* fatta per le obbligazioni della moglie, era una vera alienazione della dote.

In conseguenza dei principj medesimi, una donna maritata in paese di dritto scritto, o con una costumanza, la quale al pari delle leggi romane, proibiva espressamente l'alienazione del fondo dotale, non potrebbe vendere un fondo di questa natura, anche vigente il Codice civile, e durante il tempo del matrimonio. Una decisione della Corte reale di Rouen, 21 aprile 1809, à così giudicato. Trattavasi di una vendita fatta da una moglie, unitamente a suo marito, sotto l'impero del Codice civile, di molti immobili di una eredità deferitale prima del Codice, e regolata dalla costumanza di Normandia. Sebbene quest' immobili non fossero dotali, pure erano proprj e personali di lei. Dall' art. 542 di questa costumanza risultava che il denaro ricavato dalla vendita non essendo stato

impiegato a vantaggio della moglie, ella per lo ricupero aveva un' ipoteca sopra i beni del marito, solo a contar dall' alienazione fattasi dei fondi: ma in caso d'insolvibilità di questo, ella aveva un regresso sussidiario contro al possessore di tai fondi. Ella esercitò questo regresso. Il compratore lo impugnò sul motivo che la vendita era stata fatta sotto l' impero dol Codice civile, e che questo Codice aveva abolito lo statuto di Normandia col quale veniva proibita l'alienazione dei beni proprj. La decisione rigettò questo mezzo sul riflesso che i contratti di matrimonio fatti anteriormente al Codice civile, *si regolano colla legge vigente al tempo della lor confezione.* È d' uopo di osservare che già non trattavasi di un' ipoteca esercitata dalla moglie sopra i beni del marito, risalendo all' epoca dell'alienazione, ma trattavasi di revindicare una proprietà, per la nullità della vendita fattane; cosicchè la quistione della retroattività dell' ipoteca a favor della moglie sopra i beni del marito, contra la disposizione dell' art. 2135 ✳ 2021, da me trattata nel num. 241, non veniva in esame. Quindi in uno de' motivi della decisione si dice: « Che visto ciò che risulta dall'art. 542 della costumanza, la quale, *salvo il diritto d' ipoteca di cui qui non si tratta*, è in piena opposizione cogli articoli 539, e 540 concernenti l' alienazione degl' immobili dotali ec... Sopra queste due decisioni veggasi *Denev. anno 1809, pag. 164 sup.*

Ben si conosce che si parla della regola dotale. In generale non dee dirsi lo stesso nelle Consuetudini di comunione, ove la moglie poteva obbligarsi ed anche vendere coll' autorizzazione di suo marito. È anche su queste Consuetudini principalmente ch'io mi sono spiegato nei numeri precedenti. Nondimeno, per certi dritti della moglie, alcune di queste Consuetudini restringono la di lei liber-

tà come la restringe il dritto romano, in quanto alle obbligazioni ed alle alienazioni; ed allora si comprende che convien regolarsi coi medesimi principj.

Passo al secondo caso da me indicato, ch'è quello in cui le leggi o costumanze antiche non contenessero una proibizione così precisa ed assoluta, ed in cui esse permetterebbero alla moglie di obbligarsi o di vendere, ma sotto determinate condizioni, il cui scopo si era di assicurare alla moglie un compenso su i beni del marito, con ipoteca, e risalendo all'epoca del matrimonio. Ben si sente la differenza essenziale che passa tra questo caso e quello di una proibizione assoluta di obbligare o vendere. In quest' ultimo caso gli atti sono nulli mentre dura il matrimonio; nel primo caso la capacità della moglie à dovuto del pari durare per tutto il tempo del matrimonio, e per identità di principj, nel modo stesso nel quale essa era regolata dalla legge sotto l'impero di cui si era maritata.

Ma siffatta capacità riceve, in questo medesimo caso una importante modificazione. La modificazione è relativa alla data dell'ipoteca della moglie sopra i beni del marito, per le indennità ed i reimpieghi risultanti dalle obbligazioni, o dalle vendite da lei contratte sotto l'impero del Codice civile. Se l'antica legge dava alla moglie per le sue indennità o reimpieghi, un' ipoteca a contar dal dì del matrimonio, questa medesima ipoteca, solo perchè le obbligazioni o vendite erano state fatte, vigente il codice civile, doveva essere ristretta alla data delle obbligazioni o delle vendite. Ciò rientra nei principj da me esposti, spiegando l'art. 2135 * 2021 del codice civile, e specialmente nei numeri 240, e 241. L'attenzione che dee principalmente portarsi su questa specie di quistioni si è di con-

ciliare in guisa l'antica colla nuova legge che non vi sia difetto di retroattività.

Noi ci siamo spiegati nel num. 241 sulla controversia, se la moglie che si obbliga o vende, nella regola della comunione, deve o no, avere un'ipoteca, per le sue indennità, a contar dalla obbligazione o dalla vendita; o se ella può far risalire l'ipoteca alla data del matrimonio, per la circostanza che l'ipoteca, con questa data, risulterebbe dalla legge, sotto l'autorità della quale si sarebbe maritata, o dalle convenzioni stipulate nel contratto di matrimonio. È stato, dopo essersi impresso ciò ch'io aveva detto nel num. 241 e seguenti, che ò potuto conoscere due decisioni contrarie alla opinione adottata da me. L'una è della Corte reale di Metz, del 18 luglio 1820; l'altra della Corte reale di Colmar del 14 maggio 1821. *Continuat. di Denev. anno 1822, pag. 43 e seg. supp.* Le quistioni ch'ora noi esaminiamo essendo analoghe a quelle che fan l'oggetto del num. 241, noi profittiamo di questa circostanza per presentare alcune osservazioni sulle decisioni poco fa citate.

Queste due decisioni, a mio credere, non potrebbero determinare una opinione diversa da quella ch'io ho ammesso nel num. 241. I motivi su i quali sono esse fondate ci sembran poco soddisfacenti, e le vere ragioni che debbono far giudicare all'opposto, non vi sono toccate.

La decisione della Corte reale di Metz darebbe ad intendere che l'art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile debba essere estraneo alle donne maritate prima del Codice civile, e ch'esso à dovuto prendere in mira solamente le donne maritate dopo di questo Codice. « Attesocchè, ivi si dice, se, giusta uno dei paragrafi dell'art. 2135, l'ipoteca delle mogli sopra i beni dei loro mariti, per l'indennità de' loro beni proprj alienati e de' debiti contratti

durante la comunione, prende la data del giorno delle alienazioni, o delle obbligazioni, e non del giorno del matrimonio, *questa disposizione non istabilisce che per l' avvenire riguardo alle donne maritate dopo la pubblicazione del Codice, e che riguardo alle altre maritate anteriormente, i loro dritti sono regolati dai loro contratti e dalle leggi antiche* ec. »

Ma egli è indubitato che l' art. 2135 ✳ 2021 nell' insieme delle sue disposizioni, à dovuto riguardar le donne maritate prima del Codice al pari di quelle maritate dopo, e questa opinione è favorevole alle donne maritate prima del Codice per alcuni capi molto essenziali. Noi lo abbiam dimostrato nel num. 238 a norma di ragionamenti e di autorità egualmente irresistibili. Che si osservi pure questo motivo della decisione della Corte di cassazione, del 7 maggio 1816, che l' obbligazione, cioè, contratta dalla donna maritata prima della promulgazione del Codice civile, e sulla quale fondavasi una persona surrogata ai di lei dritti, *era posteriore alla promulgazione del Codice, e non poteva essere regolata che dalla disposizione dell' art. 2135 ✳ 2021.*

Leggesi nei motivi della decisione della Corte reale di Colmar, che « il dritto comune francese era quello che privava dei loro crediti, i creditori del marito anteriori alla vendita ed alla obbligazione contratta sotto l' impero del Codice civile; e che questo dritto, *per ingiusto che sia* non è stato abrogato se non *per l' avvenire.*

Ma in ciò vi è una vaga enunziazione, che non presenta un' idea precisa. Come mai quest' abrogazione si è operata *per l' avvenire*? Anche questo vuol dire che l' art. 2135 ✳ 2021 è estraneo, almeno per questa parte, alle donne maritate prima del Codice civile: ma questo per lo appunto

è quello che non è esatto. Dimostrato che l' articolo 2135, nel suo insieme siasi proposto o le donne maritate prima del Codice civile e prima benanche della legge di *brumaire* (novembre), o quelle maritate dopo del Codice civile, non può mutilarsi, secondo lo spirito del legislatore, la disposizione di questo articolo; non può prendersene quello ch'era favorevole alle mogli e tralasciare una disposizione che regola i loro dritti in un modo diverso dall' antica legislazione, quando questa disposizione viene applicata in guisa da toglier via qualsivoglia effetto retroattivo.

Non si è mai potuto chiamar dritto comune francese una giurisprudenza particolare del parlamento di Parigi, che fu rigettata in Bretagna, e modificata in Normandia; una giurisprudenza che dal primo momento in cui si formò nel parlamento di Parigi eccitò le più vive rimostranze per parte dei magistrati, e dei giureconsulti che erano tenacemente pei veri principj, e che ne prevedevano le conseguenze pericolose; la quale fin dalle prime si trovò in contraddizione colla giurisprudenza del gran consiglio; chè aprì il varco a dei reclami al consiglio del Re, ma che riuscirono infruttuosi, poichè convenne sottomettersi ad un' autorità la quale non poteva esser vinta se non da una legge difficile ad ottenersi. Ecco l' energico quadro presentato da Mornac, sulla *legge 9, ff. qui pot.* che io ò soltanto indicato nel num. 227.

Io riferirò parte solamente dello squarcio di questo autore, ov' egli parla dalla impressione che fece la preferenza accordata alla moglie dalla decisione del parlamento, del 17 marzo 1608, su i creditori del marito anteriori alla obbligazione. *Quam perniciosi exempli praelationem merito dixerunt paulo post patroni consultissimi. Inventam enim esse deinceps hanc viam qua,*

PERDITUS QUIVIS, AUDAXQUE FRAUDATOR ET ERGOLABUS periculum creare possit amicis fidejussoribus qui, quid inter eum et uxorem contractu arcano convenerit, nesciant.

L' abuso era forte: il legislatore lo riforma: la sua volontà è impotente per lo passato: ma lo sarà pure per l' avvenire? Quando non vi è alcun dritto acquistato dalla moglie, di cui possa ella esser privata, può ella commettere l' abuso condannato già dal legislatore? può ella commetterlo, in frode ed in pregiudizio dei creditori del marito, che hanno un' ipoteca anteriore all' atto abusivo ch' essa vorrebbe permettersi, e che certamente è proscritto per l' avvenire? Ella può invero obbligarsi o vendere unitamente al marito, vigente il Codice civile; ma allora ella non deve sperare che una ipoteca sopra i beni posseduti dal marito al tempo della vendita, o della obbligazione, o sopra quelli che gli apparterranno in seguito: ma qualsivoglia regresso è ad essa interdetto sopra i beni anteriormente ipotecati ad altri. Se fosse diversamente, sarebbe un ammettere che una persona avrebbe la facoltà di creare una frode, o di profittarne in detrimento dei creditori legittimi muniti già d' un ipoteca. Questi creditori, prima della nuova legge, correvano il rischio di perdere la loro ipoteca per opera di un abuso. Questa nuova legge fa sparire il rischio proscrivendo l' abuso. E si vorrebbe che la moglie, più forte della legge alla quale controviene, facesse perdere queste ipoteche anteriori, il che non potrebbe succedere se non in vista di favorire il marito il quale con questo mezzo, prenderebbe ad imprestito, o prenderebbe il prezzo della vendita a danno dei suoi proprj creditori? È difficile di approvar questa idea.

Le controversie della natura di quelle da me

trattate nei numeri 241, e 261, presentano sempre delle difficoltà di cui non può altrimenti rinvenirsi uno scioglimento giusto, se non portandovi la massima attenzione; e malgrado ciò bisogna sempre supporre delle divergenze di opinioni. Una decisione della Corte reale di Parigi, del 17 febbrajo 1821, *Contin. di Denev. anno 1822, pag. 36, sup.* ne offre un esempio.

Il sig. Nouvellet, e la sig.ª Bonivers, domiciliati a Lione, avevano contratto matrimonio nel 1789. Giusta un uso costantemente osservato a Lione, e confermato da gravi autorità non contraddette, la moglie per la restituzione della sua dote aveva un privilegio sopra i beni mobili ed immobili del marito, conformemente alla legge *Cod. qui potior.* la quale era stata particolarmente osservata. Gli sposi avevano dichiarato nel loro contratto ch'essi intendevano di essere regolati da questo statuto locale.

Il marito aveva trasferito il suo domicilio a Parigi, ov' egli teneva una locanda mobigliata. Nel 1819, dopo una separazione di beni, la moglie si presentò in un giudizio di graduazione pel prezzo dei mobili, e chiese di essere preferita ai creditori del marito.

Questo privilegio fu impugnato dai creditori; ma il tribunale della Senna lo ammise dicendo: « Attesocchè per massima il contratto di matrimonio regola i dritti delle parti contraenti, sien pure qualisivogliano i cangiamenti posteriormente sopraggiunti, o nella legislazione o nel luogo del domicilio delle parti: che, nella specie, il sig. e la signora Nouvellet, contraendo il lor matrimonio a Lione, il 4 settembre 1789, e dichiarando espressamente di sottomettersi per tutto quello che avesse rapporto al loro matrimonio, ai dritti ed usi che si osservavano allora nella città e tenimento di Lione, si ha come se avessero scritto nel loro atto le disposizioni di

questo dritto particolare, e specialmente l' atto di notorietà del 15 dicembre 1723 (che dimostra l' uso.) »

In appello la sentenza fu annullata, « perchè il privilegio reclamato dalla sig. Nouvellet non era fondato che sopra uno statuto locale ed esorbitante del dritto comune, ed i cui effetti ed esecuzione non potevano estendersi al di là del suo territorio, ec. »

Per effetto di questa decisione adunque rimane infeconda una convenzione che poteva riguardarsi come una legge matrimoniale. Quindi non sarebbe stata ragionevole cosa il serbarla. Choppin nel suo *Traité de privilegiis rusticorum*, *lib.* 2, *cap.* 2, *num.* 4, *pag.* 37, *edit. del* 1590, discute una quistione presso a poco simile a questa, e la cui decisione era subordinata ai medesimi principj. In ordine all' effetto che aver doveva lo statuto locale, al quale è conforme la convenzione matrimoniale, egli distingue quello che riguarda gl' immobili da quello che riguarda i mobili.

Circa gl' immobili l' autore limita la esecuzione dello statuto locale, e della convenzione matrimoniale, nella quale esso è ripetuto, ai soli immobili situati nel territorio regolato dallo statuto locale all' epoca del matrimonio. Allora questo statuto locale diviene uno statuto reale ch' esercita il suo impero. *Conjugum donatio varia probanda est ac excutienda pro legum varietate municipii cujusvis in quo donatae res soli continentur.*

Ma circa la disposizione concernente i mobili, che si trovasse contenuta nel contratto di matrimonio, o che fosse il risultamento dello statuto locale, Choppin insegna che questa disposizione deve partorire il suo effetto, ovunque il marito fissi in seguito il suo domicilio. *Non idem statuendum de rebus mobilibus supellectili, aliove jure in conjugum personas constituto, nam in iis spectanda*

lex est domicilii, quod habuit maritus die nuptiarum, LICET MUTARIT POSTEA SEDES, *et in diversi juris provinciam transtulerit.* Allora più non trattasi di statuto reale. Non vi è considerazione di *territorio* pei mobili; essi hanno sempre seguita la legge del domicilio; e nel caso di disputa, il domicilio è quello che avevano gli sposi al tempo del loro matrimonio.

Una disposizione sia statutaria, sia convenzionale che risale al matrimonio e che assicura all' uno de' due sposi un profitto su i beni dell' altro, deve avere la sua esecuzione come ogni altra donazione, il cui effetto è assoluto. Ma vi è molta distanza tra questo e l' applicazione dell' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile per ciò che ha rapporto all' obbligazione od alla vendita fatta dalla moglie, posteriormente alla pubblicazione di questo codice; anzi non vi è veruna somiglianza tra un caso e l' altro. Sono altri i principj da invocarsi nell' ultimo caso. La legge antica che regola, e la nuova che modifica, esercitano ognuna il suo impero. Tutto si riduce a conciliarle in modo che non vi sia retroattività, nè che la frode sia protetta.

(Del caso in cui lo statuto reale era in opposizione collo statuto personale, e del caso in cui può attualmente dirsi che uno statuto reale sia abolito.)

262. Ma nuove quistioni si presentano relativamente all' opposizione che si trova, su questa materia, tra l' antica e la nuova legislazione. Per la diversità che altre volte esisteva tra le leggi e le consuetudini del regno, fuse omai, in una legislazione uniforme e generale, insorgevano le più gravi difficoltà. Solea ciò avvenire quando la donna si era maritata vigente una legge, e possedeva de' beni in luoghi regolati da un' altra legge, e quando queste due leggi contenevano d[illegible] disposizioni op-

poste sulla capacità delle mogli relativamente alle obbligazioni, ed alle vendite che far da esse potevansi. Formavasi come una specie di contrasto fra lo statuto personale, vale a dire, la legge del domicilio o del luogo ove fu contratto il matrimonio, e lo statuto reale, ch' era la legge che regolava il luogo ove i beni erano situati. Quindi dopo molte controversie, erasi infine deciso che una donna maritata in un paese di comunione, come era Parigi o il Borbonese, e che aveva dei beni immobili situati in un paese in cui la dote era inalienabile, com' era l'Auvergne la cui costumanza aveva adottati a questo riguardo i principj del dritto romano, non poteva, anche col consenso del marito vendere i suoi immobili situati in Auvergne, quantunque ella avesse potuto con questo consenso vendere i suoi beni situati in paese regolato dalla Costumanza di Parigi, o del Borbonese. Ed all' opposto, la donna maritata colla regola dotale, in Auvergne, la quale aveva de' beni immobili situati nel tenimento di Parigi o del Borbonese, e la quale non avrebbe potuto alienare i suoi beni dotali situati nel paese di Auvergne, anche col consenso di suo marito, avrebbe poi potuto, con questo consenso, vendere i suoi fondi situati in paesi regolati dalla costumanza di Parigi o del Borbonese. Veggasi il sig. Chabrol sulla Costumanza di Auvergne, *tom. 2. pag. 181, 222 e segu.* ed Auroux des Pomiers, sulla Costumanza del Borbonese, *art. 238, num. 4.* Anche sotto il Codice civile possono esservi delle circostanze in cui seguir si debba siffatta diversità di legislazione. È manifesto che in simili casi deggion sempre combinarsi le convenzioni dei contratti di matrimonio, che possono esser varie, colle disposizioni degli antichi statuti personali o reali. Ma potrebbe pur praticarsi quel che altra volta si è praticato; ed è, che la moglie la quale volesse

vendere ovvero obbligare i suoi immobili situati in paesi regolati dalle antiche costumanze proibitive, potrebbe farlo, e garentire, col consenso del marito la sicurezza della vendita o della obbligazione, con un obbligo ipotecario al quale assoggettirebbe i suoi beni situati altrove, come in Parigi o nel Borbonese, e che quindi fossero disponibili.

E questo è quello ch' è stato giudicato da una decisione della Corte di cassazione, sezione civile, del 5 maggio 1818, *Denev. lo stesso anno, pag. 552*. La sig. Guillibert, nata in Normandia, maritata al sig. Sombret, domiciliato ad Abbeville regolato dalla Costumanza di comunione, vendè, il giorno 5 *ventose* anno 6 (26 febbrajo 1798), al sig. Vasse Renoult, un fondo rustico situato in Normandia. Nel contratto di vendita si dicea che di questo fondo parte era del sig. Sombret, e parte della sig. Sombret, *come dipendente da di lei beni dotali*. Lo stesso atto contenea benanche che la sig. Sombret *garentirebbe la vendita da essa fatta su' suoi beni presenti e futuri*. La sig. Sombret chiese la nullità di questa vendita, in forza degli art. 538, 539, e 540 della Consuetudine di Normandia, la quale proibiva l' alienazione dei beni dotali senza rinvestimento. Il tribunale di prima istanza di Dieppe il dì 18 febbrajo 1813, profferì sentenza che accolse la domanda della sig. Sombret, ma che contemporaneamente la condannò alla garentia del sig. Vasse-Renoult, e sopra tutt' i beni ch' ella possedea fuori della giurisdizione della Costumanza di Normadia, ed anche sopra un fondo detto Thionville, sito in questa provincia, ma ch' era a lei ricaduto dopo la pubblicazione del Codice civile. Questa sentenza fu confermata in grado di appello da una decisione della Corte reale di Rouen. Il ricorso avverso di questa decisione fu rigettato dalla Corte di cassazione, la quale si fondò sul

motivo che la sig. Sombret, domiciliata nella giurisdizione della Consuetudine di Ponthier, cui col contratto di matrimonio erasi sottomessa, aveva potuto obbligarsi alla garentia della vendita da essa fatta al sig. Vasse-Renoult, ed assogettare a siffatta garentia tutti quelli fra i suoi beni che non eran regolati dalla *statuto reale* della Consuetudine di Normandia.

Questa decisione à pur giudicata una controversia singolarissima. Colui che aveva comprato dalla sig. Sombret allegava in sua difesa due ragioni. Diceva colla prima che questa sig. essendosi maritata sotto l'impero di una Consuetudine di comunione, la Costumanza di Normandia, *come statuto reale*, non aveva potuto proteggere che gl'immobili situati in luoghi soggetti al suo impero; che quindi niente impediva ch' essendo autorizzata da suo marito ella non si obbligasse con tutt' i suoi altri beni. Ed è quello che à giudicato la Corte di cassazione. Fin qui si è giudicato nel senso che la moglie, sebbene maritata in paese di comunione, non aveva potuto vendere ed ipotecare ad una garentia, prima del Codice civile, anche col consenso di suo marito, beni situati in paese regolato da una Costumanza diversa da quella ch' aveva regolato il matrimonio, che ne proibiva l' alienazione.

Ma dopo la promulgazione del Codice civile era pervenuto alla sig. Sombret un territorio situato anche in Normandia, chiamato *Thionville*, e l' acquirente avea chiesto che la sua garentia abbracciasse anche questo territorio, quantunque posto in questa provincia. Egli prentendeva che la sua domanda fosse ammessa per la ragione che questo territorio non era pervenuto alla sig. Sombret se non dopo la pubblicazione del Codice civile, e quindi dopo l' abrogazione della Consuetudine di Normandia. Era questa una seconda quistione, e si è veduto

che la sentenza del tribunale di Dieppe, confermata dalla decisione della Corte reale di Rouen, l'aveva decisa in favore del sig. Vasse-Renoult. Questa sentenza, pronunziando la garentia sopra tutt' i beni posseduti dalla sig. Sombret fuori della giurisdizione della Costumanza di Normandia, vi comprendeva pure il territorio detto *Thionville*, situato in Normadia, *ma che era a lei pervenuto* dopo la pubblicazione del Codice civile.

La sig. Sombret impugnava questa decisione dicendo, che giusta l' art. 542 della Consuetudine di Normandia, i beni pervenuti alla moglie durante il matrimonio non potevano essere alienati più di quello che il potessero essere i suoi beni dotali, che allora, sulla ipotesi ch' ella fosse obbligata di garentire il sig. Vasse-Renoult coi suoi beni situati nella giurisdizione della Costumanza di Abbeville, era certo, almeno, che i beni pervenutile in Normandia durante il matrimonio, non potevano essere sommessi a questa garentia, e che per ciò la Corte reale non poteva autorizzare il regresso del sig. Vasse-Renoult sul territorio *Thionville*, situato in Normandia, sebbene fosse pervenuto alla sig. Sombret dopo del suo matrimonio, e *dopo la pubblicazione del Codice civile.*

Ma la Corte di cassazione si è pronunziata per la garentia sul territorio di *Thionville*, garentia ch' era l' oggetto della seconda ragione dell' acquirente. Ecco i motivi della decisione: « Sul secondo *mezzo*, attesocchè il territorio di Thionville, posto in Normandia, e pervenuto alla sig. Sombret, per la morte di suo fratello, *posteriore alla pubblicazione del Codice*, non è stato sommesso alla disposizione dello *statuto normanno* CHE QUESTO CODICE HA ABOLITO. » Da questa decisione si ricava un' importante conseguenza, vale a dire, che se dopo il Codice civile perviene ad una donna

maritata con una regola di comunione, un fondo situato nella giurisdizione di un' antica Costumanza la quale conteneva tali disposizioni da far che questi beni non potevano essere nè alienati nè ipotecati, anche col consenso del marito, la proibizione è cessata; e questi beni an dovuto essere regolati ed amministrati come tutti gli altri beni della moglie. Lo statuto reale abolito dal Codice si è fuso nello statuto *personale*. Io non discendo a queste particolarità per istabilire l' applicazione di questa conseguenza: essa si farà da se medesima, giusta le circostanze che si presenteranno.

Nondimeno, vi sono dei casi in cui la libertà ch' aveva una donna maritata relativamente alla disposizione di alcuni beni, si trova ristretta dal Codice civile. È insorto il dubbio se la moglie deve o no conservare in tutta la sua pienezza l' antica libertà accordatale. Ciò merita di esser rischiarato con un esempio.

Nei paesi di dritto scritto, giusta la legge 8 *Cod. de pact. conv.*, ed in molte Consuetudini che ne avevano adottati i principj, come quella di Auvergne, *art. 1. tit. 14.* la moglie oltre i suoi beni dotali poteva aver benanche dei beni parafernali e dei beni avventizj. I primi eran quelli che si aveva riserbati maritandosi; i secondi quelli che le venivan deferiti durante il matrimonio. Ora, ella aveva la facoltà di vendere ed ipotecare ambe queste specie di beni, senza l' autorizzazione del marito. Si era ciò non pertanto introdotto, in alcuni parlamenti, una giurisprudenza a norma della quale questa autorizzazione era necessaria. Ma nell' art. 1576 ✳ 1389 del Codice civile si è detto che la moglie non può alienare i suoi beni parafernali senza l' autorizzazione del marito, o se questi dissenta, senza il permesso del giudice. Si è dunque chiesto se quando la moglie aveva ambedue queste specie di beni, an-

che prima della promulgazione del Codice civile, nei paesi in cui ella poteva disporne da se sola, a suo talento, ella a' potuto, dopo siffatta promulgazione, godere del medesimo dritto, o se al contrario, conformemente al Codice civile, sia necessaria l' autorizzazione del marito.

Questa quistione non è senza difficoltà. La giurisprudenza però si è formata, ragionevolmente, nel senso della necessità dell'autorizzazione. Da un lato, almeno per ciò che concerne i paesi di dritto scritto, si è sempre dubitato se dalla legge *8. Cod. de pact. conv.* da me citata, risultava che la moglie potesse disporre della proprietà de' suoi beni parafernali, senza il consenso del marito, o se avesse il solo dritto di amministrarli e percepirne i frutti senza alcuna ingerenza del marito stesso. Ecco quello che aveva dato luogo alla diversità di giurisprudenza da me ricordata. La necessità dell' autorizzazione del marito, anche per la vendita dei beni parafernali si accostava più allo spirito del dritto romano e delle Consuetudini, che erano a questo conformi. Era nell' interesse della moglie e dei figli che il dritto romano, e queste Consuetudini, avevano assolutamente proibita l' alienazione e l' ipoteca dei beni dotali, ed era per una conseguenza del medesimo interesse, che l'alienazione e l' ipoteca dei beni parafernali ed avventizj non veniva permessa altrimenti che coll' autorizzazione del marito.

Del resto, avendo la giurisprudenza ammesso che sebbene la moglie anticamente potesse da se sola disporre dei suoi beni parafernali, ella però, dopo il Codice civile, è privata di questa facoltà giusta l' art. 1576 ✳ 1389 del Codice stesso, o che almeno non potesse esercitarla che sotto le condizioni stabilite da questo articolo, non può dirsi che vi sia un effetto retroattivo riguardo alla donna maritata prima del Codice civile. Non vi è retro-

attività quando la moglie, non ha esercitata prima del Codice, la facoltà di disporre della proprietà che le accordavano le antiche leggi, o gli usi antichi. Infine la moglie à sempre, anche dopo il Codice civile, nel caso che il marito si nieghi ad autorizzarla, la risorta del permesso del giudice. Il suo antico dritto rimane, ma con un saggio temperamento.

(Dell' ipoteca legale nei casi di riversione convenzionale, e di una disposizione col peso di restituire i beni.)

263. Due altri casi particolari riguardo all' ipoteca legale della moglie mi restano ad esaminare; l'uno è quello della riversione convenzionale apposta ad una donazione; l' altro quello di una sostituzione o disposizione coll'obbligo di restituire i beni.

In quanto al primo caso, nell' art. 952 ✳ 877 del Codice civile si dice che l'effetto del dritto di riversione sarà di sciogliere tutte le alienazioni dei beni donati, e di farli ritornare al donante, franchi e liberi da ogni peso ed ipoteca. Ma vi si soggiunge: « A riserva però dell' ipoteca della dote, e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del donatario non bastino, e nel caso soltanto che la donazione gli sia stata fatta nello stesso contratto matrimoniale, da cui risultano tali diritti ed ipoteche. »

Da questo articolo risulta che sebbene l' ipoteca accordata dalla legge alla moglie nel caso, e colle condizioni in esso enunziate, non sia che sussidiaria, e che non debba aver luogo sopra i beni donati se non quando vi è insufficienza di beni proprj del marito donatario; pure essa non per questo ha meno il carattere d'ipoteca legale sopra i beni donati quand' occorre di esercitarla. Questi beni non appartengono meno al donatario: essi di-

vengono la garentia della dote e delle convenzioni matrimoniali. La modificazione arrecata a questa risponsabilità non altera la natura dell' ipoteca.

Ma vi è da fare una osservazione essenzialissima, la quale si è, che se al tempo della donazione, il marito donatario avesse beni capaci ad assicurar la dote e le convenzioni matrimoniali, o che se, non avendone allora, ne acquistasse in prosieguo, in guisa che offrissero la stessa sicurezza, la moglie dovrebbe prendere delle precauzioni per conservare la sua ipoteca legale su questi beni, in caso di vendita per parte del marito, conformemente alle disposizioni del Codice civile intorno ai *privilegj ed alle ipoteche*. Tocca alla moglie a vigilarvi, giacchè la legge su i beni gravati da un dritto di riversione non le dà che una ipoteca sussidiaria; e ch' ella deve contentarsi di questa ipoteca così com' è, ovvero rinunziarvi. Ella non può dividere la condizione sotto la quale è stabilita, non essendolo specialmente che nel di lei interesse. Trascurando la sua ipoteca sopra i beni proprj del suo marito, ella cangerebbe la sua situazione, in danno del donatore; ella trasporterebbe l' ipoteca principale su i beni donati, e l' ipoteca sussidiaria sopra i beni proprj del marito, il che sarebbe contrario all' equità, alla convenzione ed al voto della legge.

Eccomi al secondo caso qui sopra indicato. A questo proposito convien prendere le mosse dall' art. 1054 ✳ 1010 del Codice: « Le mogli dei gravati, in esso è detto, non potranno avere su' beni da restituirsi veruna azione sussidiaria in caso d' insufficienza dei beni liberi, fuorchè pel solo capitale del denaro portato in dote, e nel caso soltanto che il testatore lo abbia espressamente ordinato. » Si conosce da prima la gran differenza che v' ha tra questo e l' art. 952 ✳ 877. L' ipoteca sus-

sidiaria à luogo di dritto, e senza che ve ne sia una condizione espressa, su' beni donati, non solamente per la dote, ma ancora per le convenzioni matrimoniali; laddove nel caso dell' art. 1054 ✳ 1010 l' ipoteca sussidiaria viene accordata solamente per *la dote*; e di più fa d' uopo che il donatore abbia così espressamente voluto. Quantunque leggasi in questo articolo la parola *testatore* non bisogna però dedurne che la disposizione debba esser fatta solo per testamento. Ravvicinando questo articolo a tutti quelli che lo precedono; e specialmente coll' articolo 1048 ✳ 1003, si riman convinto che la disposizione può farsi tanto con atto tra vivi, quanto con atti di ultima volontà. Da queste parole, *pel capitale del denaro dotale* si ricava la conseguenza che la legge à inteso di accordar l' ipoteca sussidiaria alla sola ripetizione di una dote portata in denaro, e non già alle somme che provengono dalla vendita degl' immobili dotali della moglie, salvo, quando la vendita è nulla, l' azione di revindica contra i terzi possessori.

Vi è però una circostanza in cui un donatore può ripigliarsi i beni da lui donati. Intendo parlare del caso previsto dall' art. 747 ✳ 670 del Codice civile. Ma giusto perchè questo dritto non è deferito che a titolo di *successione*, il donatore non ripiglia i fondi donati se non col peso di tutt' i debiti ed ipoteche de' quali sono state gravate dal donatario (a). Intorno a tutto quello ch' io ho detto veggansi le osservazioni da me fatte nel mio *Traité des donat. numeri 35 36, 38 e 388.*

(a) Questa conseguenza ricavata dal nostro autore non sarà per noi oggetto di controversia. Nell' art. 570 delle nostre LL. CC. si è soggiunto che saran tenuti a contribuire al pagamento dei debiti coloro che ricuperano i fondi donati.

DISSERTAZIONE

Sulle ipoteche legali delle vedove e delle donne maritate.

Ed eccomi all' adempimento della promessa fatta di esporre, qualunque esse siano, alcune mie riflessioni sulle ipoteche legali.

Parlerò prima delle ipoteche legali delle vedove e delle donne maritate; e mi riserberò di ragionar sulle ipoteche legali de' minori ed interdetti, quando si sarà giunto a quella parte del trattato del signor Grenier, in cui di esse favellasi.

E parlando delle prime, non dispiaccia, di grazia, s' io comincio dall' esaminare due controversie che insorgono dall' applicazione dell' art. 2032 delle LL. CC; e che sono della più alta importanza, meno pel destino di moltissime cause, che per la loro influenza sul sistema ipotecario. Decise in un modo, quel sistema non può che vieppiù consolidarsi, decise in un altro, quel sistema poco men che non crolli dalle sue fondamenta, e non si riduca ad una vana chimera.

L' art. 2032 è così concepito: « Sciolto il matrimonio per morte del marito, se mai non siasi » presa l'inscrizione della dote, la vedova per con» servare la sua ipoteca legale sarà tenuta di pren» dere l' inscrizione nel termine di un anno. Dopo » questo termine l' ipoteca prenderà il suo rango » dal dì della inscrizione, senza rimontare all'epo» ca del contratto matrimoniale. »

Siccome presso di noi non riconosconsi che tre sole legislazioni ipotecarie; la prima, anteriore

al Codice civile e senza obbligo d' inscrizione; la seconda del Codice civile coll' obbligo della inscrizione ma senza parlar delle mogli vedovate; la terza delle LL. CC. che perfezionando il sistema, di queste parla, e le obbliga tra un anno ad iscriversi per le loro doti; così dell' articolo 2032 può farsi l' applicazione in tre casi: 1. quando il matrimonio siasi sciolto prima del Codice civile; 2. quando siasi sciolto vigente questo Codice: 3. quando siasi sciolto sotto l' impero delle attuali LL. CC.

I. Per quest' ultimo caso basta un picciol fior di senno per conoscere che, se la moglie rimasta vedova non s' inscrive nel corso dell' anno dalla sua vedovanza, la sua ipoteca legale rimarrà priva della data dall' epoca del contratto di matrimonio, e prenderà il suo rango dal dì della inscrizione.

II. Egualmente semplice potrebbe dirsi l' applicazione dell' art. 2032 al caso in cui la moglie fosse rimasta vedova sotto la legislazione del Codice civile, ed affatto identico all' altro avrebbe potuto dirsi il risultamento di tale applicazione, se una decisione della G. C. civile di Napoli, prima camera, confermata dalla Corte Suprema di giustizia, non fosse stata profferita in un senso opposto a quel che sembra il più naturale.

Il rispetto dovuto a sì augusti tribunali, la deferenza ch' esigono i magistrati che li compongono e per la rettitudine de' loro pensieri, e per la profondità delle loro cognizioni, mi costringe a dovermi fermare su questo argomento, esponendo rapidamente la storia della causa, e le due decisioni che vi si pronunziarono, coi loro motivi (a).

(a) La causa era intrecciata di altre quistioni. Non avendo queste niun rapporto colla controversia da me presa ad esaminare, ò creduto, per amor di chiarezza, di dover riferire soltanto la parte relativa alla quistione.

Mi lusingo che non sia per riuscir discaro ch' io qui le riferisca parola a parola.

« La signora donna Teresa Cito aveva impalmato il Cav. D. Gioacchino Antinori prima della promulgazione del Codice civile. Nel 5 aprile dell' anno 1818, la morte glielo rapì.

» La di lui eredità divenne giacente.

» Si procedette alla spropriazione di una casa, con piccolo giardino, sita in Napoli, in pregiudizio dell' Eredità medesima.

» Con sentenza del 10 novembre 1820 il sig. D. Alessandro Maria Scarpa ne fu dichiarato aggiudicatario per lo prezzo di duc. 7030.

» Con altra sentenza del 1821, intesi tutt' i creditori iscritti, lo stesso sig. Scarpa se ne costituì depositario giudiziario, pendente il giudizio d' ordine fra i creditori.

» Si venne allo stato di collocazione.

» La signora D. Teresa Cito, vedova del debitore, vi si presentò chiedendo di esser collocata per varie quantità e specialmente per un suo credito dotale di duc. 675 di capitale una col corrispondente interesse coll' epoca del suo contratto di matrimonio.

» Il giudice delegato ne la escluse per questo credito di duc. 675, sul riflesso ch' ella non lo aveva iscritto nell' anno decorso dalla pubblicazione delle Leggi civili.

» La signora Cito vi si oppose: ma il Tribunale civile di Napoli non accolse le sue opposizioni, e con sentenza del 20 agosto 1822, dichiarò ch' ella rimanesse esclusa dallo stato di collocazione pel capitale dotale di duc. 675 e suo interesse.

» Si provvide con appello alla G. Corte civile di Napoli la signora donna Teresa Cito.

» La G. C. civile di Napoli, prima Camera, emise una decisione nel 14 dicembre 1822, del tenor seguente.

» Quistione. La signora donna Teresa Cito era

nell' obbligo d' iscrivere il suo credito della dote e convenzioni dotali?

« Attesocchè una legge espressamente esentava le donne in qualunque circostanza, d' iscrivere le doti e convenzioni dotali, e poterne intanto rappresentare utilmente il dritto di ripeterle sopra i beni del consorte, coll' epoca del matrimonio: e siffatta ipoteca legale, *poiché riguardava il favor della dote e non della persona* si esercitava da chiunque rappresentasse in qualunque tempo la dote. — Attesocchè donna Teresa Cito sotto l' impero della suddetta legge erasi vedovata, ed era già trascorso l' anno del suo lutto, per cui non può negarsele di avere acquistato un dritto perfetto ed incommutabile da qualunque circostanza. – Attesocchè quantunque una legge posteriore avesse disposto di doversi la vedova iscrivere tra l' anno del lutto per poter conservare i suoi dritti ipotecarj, non perciò potrà risentirne nocumento. – Attesocchè la legge non può distruggere gli atti perfetti e consumati, nè può annullare il dritto acquisito ed incommutabile col favore di un' altra legge preesistente. – Attesocchè il giusto impero della legge regolar può soltanto gli atti futuri, nè può retroagire in regolamento degli atti anteriori già consumati e perfetti. – Attesocchè quando il legislatore per le sue alte vedute voglia retroagire con le sue novelle disposizioni, dirette sempre al bene dello stato, lo spiega e così toglie ogni dubbiezza. – Attesocchè la legge che s' invoca contra la signora donna Teresa Cito non solo non à spiegato di retroagire, ma espressamente parla delle future vedove, che assoggetta alle sue novelle disposizioni: – Per siffatte considerazioni ec. la signora donna Teresa Cito avrà sulla graduatoria il luogo che le conviene, a tenore e coll' epoca de' suoi capitoli matrimoniali per la dote, *quantunque non iscritta utilmente.* »

» Avverso di tale decisione fu dal sig. D. Alessandro Scarpa prodotto ricorso per annullamento nella Suprema Corte di giustizia.

» Questa, sotto il dì 23 Agosto 1823, profferì la seguente decisione.

» Attesocchè per l'art. 2121 dell'abolito Codice civile era attribuita l' ipoteca legale ai dritti ed ai crediti delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti. – Attesocchè l'altro art. 2135 dello stesso Codice accordava alle mogli il beneficio di conservare l' ipoteca legale indipendentemente da qualunque inscrizione sopra gl' immobili de' loro mariti, per ragione del loro matrimonio, *e questo benefizio si riputava reale ed indotto per lo favore della dote, per cui si conservava dalle mogli anche dopo sciolto il matrimonio, e si trasmetteva agli eredi.* – Attesocchè tutte le mogli divenute vedove sotto l' impero del detto Codice acquistarono per virtù degli esposti articoli la loro ipoteca legale non soggetta a veruna formalità per esser conservata. – Attesocchè l'art. 2032 delle attuali LL. CC. che obbliga le mogli dopo sciolto il matrimonio per morte dei mariti, a prendere inscrizione, fra il termine di un anno, della loro dote per conservare l' ipoteca legale, è una legge nuova, portante novella disposizione, e quindi non può agire se non dal tempo in cui venne promulgata, nè può obbligare se non quelle mogli che vanno a divenir vedove sotto il suo impero; altrimenti il detto articolo sarebbe a dirsi retroattivo, contro la volontà del legislatore, che non ha espresso in esso verun carattere di retroattività. – Attesocchè non può dirsi che l'art. 2032 sudetto sia dichiarativo dell'art. 2135 dell' abolito Codice civile, e sotto questo rapporto possa avere forza retroattiva; imperciocchè non sono nella classe di leggi dichiarative quelle leggi che portano novella disposizione

di dritto: e poi il legislatore nelle attuali LL. CC. prima del detto art. 2032, nell' art. 2021 à riportato a parola tutto il disposto dall' art. 2135 del Codice civile, adottandolo per intero; locchè dimostra ch' egli non lo à creduto suscettibile di spiega e di dichiarazione alcuna, altrimenti invece di adottarlo, o lo avrebbe abbandonato, o lo avrebbe corretto in quella sede dove lo ha piazzato. - Attesocchè la dispositiva dell' art. 2032, guardata letteralmente com' è espressa, ben dimostra che l' articolo non si riferisce che al tempo futuro e non già al passato, locchè più si conferma confrontandosi il disposto in questo articolo coll' articolo seguente 2033. - Attesocchè, volendosi pensare diversamente s' ignorerebbe il tempo utile in cui, le vedove precedenti alle attuali leggi civili dovessero prendere inscrizione per conservare le loro ipoteche legali già acquistate sotto l' impero dell' abolito Codice civile, nè varrebbe il dire che questo anno dovrebbe cominciare dal dì della promulgazione delle LL. CC., imperciocchè ciò non sarebbe un interpretare l'art. 2032, ma un aggiungere al suo dispositivo un caso non espresso ed un termine di decadenza che non vi è. - Attesocchè dalle cose già dette risulta che le donne vedovate sotto l' impero dell' abolito Codice civile, restano sotto la protezione degli articoli 2121, e 2135 del Codice stesso: e le donne vedovate e che vanno a vedovarsi sotto le attuali leggi civili sono colpite dalla disposizione dell' art. 2032 delle stesse leggi. - Per siffatte considerazioni la Corte Suprema dichiara ammissibile il ricorso del sig. D. Alessandro Maria Scarpa, e nel merito lo rigetta. »

Come ben chiaramente si ravvisa dalle considerazioni fatte dalla G. C. civile, e dalla Corte Suprema di giustizia, i principj che hanno indotta l' una e l' altra a così decidere son due. Il primo

è che l'ipoteca legale della moglie è un dritto *reale*; il secondo che la legge non può, nè dee retroagire.

In virtù del primo, si è detto, il credito dotale della signora Cito goderà sempre l'ipoteca legale, anche dopo sciolto il di lei matrimonio per la morte del marito. In virtù del secondo, si è soggiunto, il di lei dritto incommutabilmente acquistato non poteva più ricevere offesa dall' art. 2032 senza farlo retroagire.

Sebbene il voler mettere l'ipoteca legale della dote fra i dritti reali, non vada sfornito di gravi difficoltà, pure, affine di non allontanarmi tanto dalla controversia; mi piace di ammettere questo principio. Malgrado ciò, a me pare, ove il mio corto intendere non m' inganni, che nulla influir doveva un tale principio nella decisione di una causa come quella tra Scarpa e Cito.

Sia pure l' ipoteca legale a motivo di dote, un dritto reale, che si conservi anche dopo sciolto il matrimonio, e che si trasmetta agli eredi della moglie. Non è di questo che conveniva disputare. Dovea parlarsi della facoltà conceduta dalla legge alla moglie di non iscrivere questo dritto.

Come ben si ravvisa qui le cose sono interamente distinte.

L' inscrizione in generale non è la ipoteca, e l' ipoteca non è la inscrizione. Siccome la convenzione non consiste nel contratto servendo questo solo per pruova di quella, così l' ipoteca non consiste nella inscrizione, servendo questa solo per la conservazione di quella. Se per poco l' una e l' altra volessero confondersi, una gran sovversione d' idee legali vedrebbesi derivarne.

Quel che dicesi dell'ipoteca ed inscrizione in generale, va pur detto particolarmente dell' ipoteca legale e della sua inscrizione o facoltà di non iscriverla. La legalità, propriamente parlando, non

vien costituita dalla esenzione dalla inscrizione. Essa vien costituita, 1. dal non doversi convenire un' ipoteca per la dote, essendovi quella ch' è l' opera della legge: 2. dal non doversi sottoporre un fondo speciale al giogo dell' ipoteca, essendovi sottoposti per legge tutt' i beni presenti e futuri del marito. La esenzione dalla inscrizione non entra dunque a formare il carattere dell'ipoteca legale. Che anzi la legge à mostrato quanto impegno avesse perchè anche questa ipoteca si fosse resa pubblica per mezzo della inscrizione, obbligando a ciò il marito, ed il procurator regio, e facoltativamente i parenti del marito e della moglie, ed anche la stessa moglie: *art. 2025 e 2026 delle LL. CC.* La esenzione dalla formalità della inscrizione adunque non costituisce la legalità dell' ipoteca.

Soggetta la moglie all' autorità del marito, non padrona delle sue doti finch' esso vive, il legislatore à voluto aver riguardo a questa sua condizione, e l' ha quindi esonerata dal peso di doversi iscrivere per conservare la sua ipoteca legale, che, come vedesi, è una cosa affatto distinta dall' esonerazione dalla inscrizione. L' una potrebbe sotto certi rapporti considerarsi come un *dritto reale*, ma l' altra non altro potrebb' essere che un *dritto meramente personale*.

Ora, sciolto dalla mano di morte il vincolo conjugale, la moglie, sottratta all' autorità del marito, riman rivestita de' suoi dritti. Libera nell' esercizio di essi, e divenuta nuovamente padrona delle sue doti, curar ne dee la conservazione. Ella godrà di un' ipoteca voluta dalla legge, sebbene non convenuta nelle tavole nuziali, di un' ipoteca che graviterà su tutt' i beni del defunto marito, quantunque niun fondo le si fosse specialmente ipotecato; vale a dire, ch' ella godrà di un' ipoteca legale perchè, se così vuolsi, questi pri-

vilegj furono indotti in favor della dote. Ma ella per conservar la sua ipoteca non potrà fare a meno di prendere inscrizione. Le sue circostanze son cangiate. L'effetto quindi manca col mancar della cagione: e ben si conosce quell' altro canone di dritto, che col cessar della ragion della legge, cessa il favor della legge medesima.

Laonde la moglie vedovata sotto l' impero del Codice civile dovea prendere inscrizione per le sue doti, e convenzioni matrimoniali.

Ma fra quanto tempo dovea ella aver presa questa inscrizione dalla morte del marito per conservare alla sua ipoteca legale l' epoca del contratto di matrimonio? Nulla trovasi intorno a ciò prescritto dal Codice civile. E dal non vedersi nulla stabilito, intorno a questo termine, non può forse dedursi che, la moglie ad onta delle sue cangiate circostanze non doveva prendere inscrizione per la sua ipoteca legale?

Questa obbiezione non mi fa peso.

Vasto, vastissimo è il campo de' diversi casi che meritano di essere regolati dalle leggi. Un Codice però non deve, nè può mieterlo interamente. Esso è una raccolta di principj generali, e di conseguenze anche generali desunte da questi principj. Molti e molti casi adunque non cadono sotto alle disposizioni de' principj e delle conseguenze generali. Tocca ai magistrati, ed è nel loro dominio, lo stabilir delle massime, che serbando illesi i principj e le conseguenze generali del Codice, regolino i casi non previsti; è la unione di questa massime quella che chiamasi giurisprudenza. Se ciò non fosse non vi sarebbe neppur giurisprudenza, il che si oppone al fatto ed alla ragione; ed il che renderebbe in molti incontri odiose ed ingiuste le leggi.

Quindi supplire al silenzio del Codice, fissando il termine utile entro il quale le donne vedovate

sotto l' impero del Codice medesimo avesser dovuto iscrivere la dote, non è già un aggiungere novella disposizione all' art. 2032, di esso, ed in certo modo un invadere l'autorità legislativa: ma è un usare della facoltà accordata dal legislatore al poter giudiziario, ch' è non solo il vindice del sacro deposito delle leggi affidatoglisi, ma l' interprete delle stesse, e l' autor delle massime di giurisprudenza: ed è per effetto di questa facoltà accordata ai magistrati, che coll' art. 4. delle LL. CC. e Codice abolito vien loro imposto di non poter ricusare di giudicare sotto pretesto di *silenzio* oscurità o difetto della legge, potendosi altrimenti agir contro di loro come colpevoli di denegata giustizia.

Indipendentemente adunque dal disposto dall' art. 2032, i Tribunali e le G. C. civili, e la Corte Suprema avevano e per un effetto dei principj generali in fatto di legislazione, e pel prescritto dall' art. 4. delle nostre LL. CC. e dell' abolito Codice, la facoltà di dichiarare che la moglie per conservar l' ipoteca legale colla data del contratto di matrimonio doveva, avvenuta la morte del di lei marito, iscriversi in un dato termine, elasso il quale la sua ipoteca prenderebbe la data della inscrizione.

Potevasi fissare il termine di due mesi, ad esempio del disposto dall' art. 2094 delle LL. CC. e 2194 dell' abolito Codice. Onde liberare un fondo venduto dal marito sul quale gravita un' ipoteca legale per le doti della moglie, senza che siasi presa inscrizione, basta, in virtù di quegli articoli, che il contratto di compra vendita s' intimi alla moglie, e che l' estratto rimanga affisso *per due mesi* nella sala di udienza del Tribunale. Se nel corso *de' due mesi* o la moglie od altri in suo nome non prenda iscrizione sul fondo venduto, questo passa libero al compratore, e la moglie perde ogni dritto

d' ipoteca su di esso : art. 2096 delle LL. CC. e 2096 del Codice abolito. Quale più forte argomento di questo, e quale maggiore somiglianza ne' due casi!

Poteasi fissare il termine di quattro mesi, sull' esempio dell' art. 91 della legge de' 3 gennajo 1809, che questo termine stabilì in favor dei creditori se volevan conservare le loro ipoteche colle rispettive loro anteriorità.

Infine potevasi fissare un termine qualunque, basta che si fosse coordinato colle mire della legislazione ipotecaria; e con ciò un util vero si sarebbe prodotto assicurando il sistema delle ipoteche, favorendone la pubblicità, e garentendo in questa guisa il dritto dei terzi come si osserverà in prosieguo.

Ma poichè ciò non fu fatto, sia perchè l' occasione non se ne presentò ai nostri tribunali e G. Corti, sia perchè non si credette di non dover dare alcun passo in questa carriera, il legislatore, al quale doveva esser sommamente a cuore la fermezza del sistema ipotecario, coll' art. 2032 delle LL. CC. fissò il termine di un anno, entro il quale fosse tenuta la vedova a prendere inscrizione per conservar la sua ipoteca legale.

Pubblicate quindi le LL. CC., l' incertezza dei tribunali e G. Corti intorno alla maggiore o minor lunghezza del termine, nel corso del quale le mogli vedovate vigente il Codice civile avrebbero dovuto iscriversi, si dovea dileguare, ed il corso di un anno stabilito dall' art. 2032 dovea e potea servir loro di guida.

Nè qui mi si opponga il difetto della retroattività dell' indicato articolo, ch' è là seconda considerazione fatta dalla Corte Suprema di giustizia. Io già non ò detto che la quistione, come quella insorta fra Scarpa e Cito, doveva esser decisa a dan-

no della vedova per la testuale disposizione ed applicazione dell' articolo 2032. Io ò detto invece, e spero di averlo dimostrato, che la esenzione dalla inscrizione non costituisce l' ipoteca legale; che tale esenzione è un beneficio accordato alla persona della moglie per la condizione e pel suo stato; che lo stato e la condizion della moglie cangiandosi per lo scioglimento del vincolo conjugale, quella esenzione non può aver più luogo; che la moglie quindi rimasta vedova sotto l' impero del Codice abolito, doveva iscriversi per dare alla sua ipoteca l' epoca del contratto di matrimonio; che dovendosi fissare un termine entro il quale la vedova doveva iscrivere era nelle facoltà del magistrato di stabilirlo osservando i principj del Codice; che per questo termine la prudenza del magistrato poteva prendere argomento da molte leggi, e che pubblicate le LL. CC. poteva prendere per norma il termine di un anno stabilito dall' art. 2032. Come dunque tacciar questo mio ragionamento rimproverandogli il vizio della retroattività dell' art. 2032? Esso serve di esempio e non di disposizione.

Che se poi, tralasciando queste osservazioni, si volesse far uso del citato articolo 2032 non come esempio ma come una disposizione, che ingiunga l' obbligo alle mogli rimaste vedove vigente il Codice civile, d' iscriversi per le loro doti e convenzioni matrimoniali, nel termine di un anno dalla pubblicazione delle LL. CC., allora ogni più lontana idea di retroattività sparirebbe.

Laonde senza impegnarmi a dimostrare che la formalità della inscrizione, succeduta in Francia, all' opposizione alle lettere di ratifica e fra noi al registro sull' archivio, è un vero atto di procedura, malgrado ch' essa siasi allogata nel Codice civile, e senza rammentar che le leggi s' impadroniscono delle procedure nello stato in cui trovan-

si, io dirò coll'illustre autore delle quistioni sulle ipoteche: « Che non è già togliere un dritto ac-
» quistato (ossia non è retroagire) allorchè si
» sottopone l'esercizio di esso a tale o tale altra
» formalità. »

Ma questo articolo 2032 à poi realmente voluto sottoporre alla formalità della inscrizione nel corso di un anno dalla sua pubblicazione l'esercizio del dritto d'ipoteca legale competente alle mogli rimaste vedove sotto l'impero dell'abolito Codice civile? Io credo che l'affermativa non incontri alcun ostacolo, e lo desumo dai termini dell'articolo stesso, e dai motivi che lo han suggerito.

Dai termini dell'articolo 2032. I termini di questo articolo son concepiti in un senso generico. Non dispiaccia ch'io qui di nuovo il riferisca per maggiore esattezza del ragionamento. « Sciolto il matrimonio, per morte del marito, se mai non siasi presa la inscrizione della dote, la vedova per conservare la sua ipoteca legale sarà tenuta di prendere la inscrizione *fra il termine di un anno*. »

Qui nulla dice l'articolo da quando questo termine debba cominciare a decorrere. Si osservi però che in molti altri luoghi il legislatore sempreche à parlato di termine indica da quando debba cominciarsi a contare. E l'articolo 2032, che segue immediatamente quello in disputa, dopo aver detto « il minore *divenuto maggiore* sarà tenuto di prendere inscrizione », soggiunge « che dovrà prendere fra un anno *a contar dalla sua maggiore età.* » Avendo detto *il minore divenuto maggiore*, era superfluo, a creder di molti, il dire che dovesse inscriversi fra un anno *dalla sua maggiore età*. Ma pure io son di avviso che ben così si espresse il legislatore, onde particolarizzare sempreppiù il tempo da cui il termine comincia a contare, e serbar l'usato modo di esprimersi chiaro, cioè, e preciso.

Ma nell' art. 2032 la frase, *fra il termine di un anno*, è generica. Ed essa il fu, a parer mio, a bella posta perchè abbracciasse due casi. L' uno del termine di un anno dalla promulgazion delle LL. CC., e ciò per le donne rimaste vedove prima di siffatta promulgazione: l' altro del termine di un anno dallo scioglimento del matrimonio, e ciò per le donne la cui vedovanza avvien dopo della promulgazione medesima.

Sarà forse questa osservazione riputata una vera sottigliezza: ma io mi auguro che cesserà di meritar una simile taccia dopo che avrò espost' i motivi pe' quali il legislatore à dovuto volere che la donna resa vedova vigente l' abolito Codice civile prendesse inscrizione per conservar la data del contratto di matrimonio alla sua ipoteca legale.

Dai motivi che han suggerita la disposizione dell' art. 2032. Il sistema ipotecario, o per dir meglio, il sistema delle inscrizioni introdotto dall' abolito Codice civile, veniva costituito dalla pubblicità delle ipoteche, che ne formava la base fondamentale, l' essenza, l' anima.

Per effetto di questa pubblicità le frodi divennero più rare, le contrattazioni più sicure, la circolazione delle proprietà più rapida, le obbligazioni più stabili, i dritti dei terzi più garantiti, e l' interesse delle famiglie più raffermato.

La considerazione dello stato di alcune persone, come le donne maritate, i minori e gl' interdetti, e la considerazione della natura di taluni crediti privilegiati, fecero introdurre alcune poche eccezioni al principio della pubblicità. Queste eccezioni si ridussero a quattro: ad alcuni crediti privilegiati, all' ipoteca legale delle *mogli*, a quella de' minori, ed all' altra degl' interdetti. Essendo assioma di dritto, consecrato nell' articolo 8 delle nostre leggi civili, che l' eccezioni a regole generali,

o ad altre leggi, non si ampliano od estendono al di là dei casi in esse espressi, così non vi era da temer che alle quattro indicate eccezioni potessero vedersi aggiunte e quella delle vedove, e quella de' loro eredi.

Nondimeno, le Leggi civili, volendo sempre più perfezionare un sistema dal quale tanti e sì sacri interessi dipendevano, han cercato di render meno nocive le eccezioni stabilite per le mogli ed i minori, adottando misure moltiplici e severe per ottener che le ipoteche legali venissero inscritte; ed han cercato ancora che il numero dell' eccezioni medesime, fosse rimasto negli assegnati cancelli senza che avesser potuto estendersi alle vedove, ed ai loro eredi prescrivendo coll' art. 2032 che le vedove si fossero inscritte nel giro di un anno, e coll' articolo 2033, che i minori avessero presa inscrizione fra il termine di un anno dalla loro maggiore età.

Or ciò posto come mai supporre che il legislatore il quale ha voluto liberare il principio della pubblicità dal pregiudizio che gli recava la non vera massima di non dover le vedove iscriversi per la conservazione delle ipoteche legali, abbia soffocato il germe di questo abuso per una parte, e lo abbia voluto rimaner vegeto, per l' altra, e sempre fecondo di funesti effetti?

Ed invero poco sarebbe giovato di avere chiuso il varco a tale abuso per le vedovanze che avvenissero dopo la pubblicazione delle LL. CC. e di averlo rimasto aperto per quelle avvenute prima della pubblicazione di queste, e vigente l' abolito Codice civile.

Certamente non piccolo è il numero delle donne rimaste vedove nel periodo de' dieci anni ed otto mesi decorso dalla pubblicazione del Codice civile a quella delle LL. CC. Ora tutte le ipoteche legali acquistate da queste, rimarrebbero tuttavia sco-

nosciute, e formante ognuna di esse una specie di laccio pei contraenti, che può qualche volta evitarsi, ma che il più delle volte non potrebbe neppur prevedersi, stante il passaggio di questi dritti d'ipoteche dotali da un erede in un altro, per la morte delle vedove, e de' loro eredi. Nè si opponga che sebben l'ipoteca legale, non iscritta, si trasmette agli eredi anche estranei, pure questi, a termini dell'art. 2033 son tenuti di prendere inscrizione fra un anno dal dì dell' aperta successione. La disposizione dell'art. 2033 è un altro miglioramento fatto dalle LL. CC. al sistema delle inscrizioni ed un altra prova di voler che si fosse mantenuto salvo il principio della pubblicità. Essa non vi era nel Codice abolito. E volendosi ragionar come si è ragionato dalle due decisioni da me riferite, essa non potendo avere effetto retroattivo, non potrebbe applicarsi al caso d'ipoteche dotali acquistate sotto l' impero del Codice, e trasmesse agli eredi delle vedove prima o dopo la pubblicazione delle LL. CC.

Dir che il legislatore abbia voluto salvare il principio fondamentale della pubblicità per una parte soltanto, e rimanerlo esposto ad esser violato per l' altra, è un attribuirgli vedute molto limitate. Per quei motivi medesimi che salvò il principio della pubblicità dalle ipoteche dei minori, delle mogli, e dei loro eredi, onde giunti i primi alla maggiore età e vedovate le seconde dopo la pubblicazione delle Leggi civili, avesser presa inscrizione fra un anno, per quegli stessi motivi non potette volere se non che le mogli vedovate prima delle LL. CC. e vigente il Codice abolito, s' iscrivessero fra il termine di un anno dalla pubblicazione delle Leggi Civili.

D' altronde che mai poteva impedirgli questa disposizione? Forse la considerazione del danno delle

mogli vedovate? Ma quale danno? Egli non fece che un invito a prendere tra un anno inscrizione, per conservare alle loro ipoteche legali l'epoca del contratto di matrimonio. In questo rulla che non senta la sollecitudine del legislatore per esse, lo spirito dell' indulgenza, e della propensione. Nè mi si parli di taluna forse di esse che animata da una colpevole indolenza non siasi uniformata al prescritto dall'art: 2032. Le leggi non favoriscono i pigri ed i negligenti. Non dovean quindi fare un eccezione a questa indole loro per favorir chi meno sel merita. Colei che per non essersi tra un anno iscritta, perde il suo dritto di anteriorità, suo danno. Incolpi se stessa se lo à perduto. La legge perchè lo avesse goduto, non à fatto che sottoporlo ad una formalità non dannosa per lei; utile ai terzi e quindi al pubblico; sostenitrice della pubblicità delle inscrizioni; e mallevadrice dell' interesse e delle fortune de' privati e delle famiglie.

Posso con franchezza ora conchiudere che il legislatore e pei termini generici dell' indicato art. 2032, e pei motivi pe' quali à emessa la disposizione in esso contenuta à realmente voluto che l'esercizio del dritto dell'ipoteca legale competente alle donne rimaste vedove durante l'impero del Codice, fosse sottoposto alla formalità della inscrizione da prendersi tra un anno dalla pubblicazione delle Leggi Civili.

Se dunque l'art. 2032 servir doveva d esempio e non di applicazione e se, nella più qua sentenza esso per tutti gl' indicati motivi i vantaggi à voluto e dovuto sottoporre alla formalità della inscrizione le ipoteche legali acquistate dalle mogli rese vedove sotto il Codice abolito, e cò fra un anno a contar dalla promulgazione delle LL. CC., non saprei vedere in che consister possa il difetto

della retroattività ch'è stato il secondo motivo per cui la G. C. Civile di Napoli e la Corte Suprema di giustizia non àn voluto applicar lo stesso art. 2032 alla controversia insorta fra la Signora D. Teresa Cito, ed il signor D. Alessandro Maria Scarpa.

Persuaso come sono dei lumi dei magistrati componenti la G. C. Civile di Napoli e la Suprema Corte di giustizia; del vivo loro attaccamento all' impero delle leggi, ed all' osservanza di esse, io non dubito che, se una controversia simile a quella insorta fra Cito e Scarpa si presentasse di bel nuovo alla loro decisione, non mancherebbero di esaminarla anche sotto l' aspetto da me ora presentata. Io son certo che se le ragioni da me riferite potessero venir bilanciate e meritare una favorevole accoglienza, e la G. Corte Civile, e la Corte Suprema di giustizia non mancherebbero di tornare indietro su i loro passi e di adottare, per opposti e più calzanti motivi, principj opposti a quelli già adottati. Senza ricorrere alla storia della moderna giurisprudenza di Francia per cercare esempi di siffatte emende, la domestica nostra giurisprudenza ce ne somministrerebbe parecchi. I nostri magistrati conoscono abbastanza che quando trattasi dell' interesse della verità è glorioso il ritrattarsi, ovvero l' emendarsi. Che il persistere in una opinione che già si conosce non vera è indizio di falso amor proprio. E che se questa passione è funesta negl' individui, è funestissima ne' corpi di magistratura, i quali secondo la frase del principe degli oratori latini, sono *le leggi parlanti*, ed i quali custodi delle leggi scritte convien che siano giusti ed imparziali al par di esse.

Intanto dimostrato che per le mogli vedovate dopo la pubblicazione delle Leggi civili l' art. 2032 si applica in guisa che esse per conservar la loro ipoteca legale debbono iscriversi nell' anno dallo

scioglimento del legame conjugale; dimostrato che per quelle vedovate sotto l'impero del Codice civile abolito, lo stesso art. 2032 si applica in guisa ch' esse dovevano iscriversi nel termine dell' anno dalla pubblicazione dell' anno dalla pubblicazione delle LL. CC., rimane ora a conoscere quale sia l' applicazione dell' indicato art. 2032 nel caso in cui le mogli trovavansi già nello stato vedovile non solo prima delle LL. CC, ma prima benanche dell' abolito Codice Civile. Ed eccomi all' esame della terza quistione che sul bel principio di questa mia qualunque siasi dissertazione, io mi proposi di discutere.

III. Se per serbare il principio della pubblicità delle ipoteche si è visto che le mogli rimaste vedove vigente il Codice civile dovevano iscriversi fra un anno dalla promulgazione dalle Leggi cicili; per la ragion medesima della pubblicità dell' ipoteche, le mogli vedovate prima del Codice civile dovevano iscriversi dopo la pubblicazione di questo.

Il benefizio accordato dal Codice civile alle mogli, dovendo estendersi anche a quelle ch' eran già vedove, e pel ragionamento delle due indicate decisioni della G. C. Civile di Napoli e Corte Suprema di giustizia, i vantaggi accordati a queste trasferir dovendosi ai di loro eredi, il principio della pubblicità sarebbe rimasto pressochè distrutto.

Risalendosi per due, tre e più secoli si rinverrebbe che ogni proprietà fu un tempo affetta da un' ipoteca per dote. Pretendere ora di purgare un fondo da ipoteche così remote sarebbe un pretendere l' impossibile. E poichè non potrebbe neppur sapersi se quei dritti d' ipoteche per doti furono estinti, o confusi, così l' acquisto di un fondo sarebbe sempre accompagnato da un ragionevole timore di vederselo togliere, senzacchè si avesse il mezzo di evitar questa perdita.

Ciò che qui dicesi pei compratori dir si deve egualmente pei creditori.

Ora come mai ammettersi una massima che oltre ai gravi mali cui aprirebbe il varco, atterrerebbe l'intero sistema ipotecario?

Vigente il Codice civile una simile quistione presentossi. Le Corti di appello già abolite, non si dimenticarono. Mi sovviene di aver lette tre decisioni l'una della già Corte di appello di Altamura, l'altra della già Corte di appello di Lanciano e l'ultima della Corte di appello di Napoli, che si attennero ai veri principj e non accordarono alle mogli vedovate prima del Codice la esenzione dalla inscrizione. Non avendole sotto la mano, mi dispenso dal farne conoscere la specie. È vero che la già Corte di Cassazione, Sezione dei ricorsi, sposò una contraria opinione nella causa fra Spene e Sanseverino. Ma per render giustizia agl'illustri magistrati che profferirono la decisione, debbo dire che la Sezione de' ricorsi decise la causa senz'avvertire all'epoca della morte del marito di colei che invocava il benefizio della esenzione dalla inscrizione; epoca anteriore al Codice civile. Fu quando si trattò di distendere i motivi che eglino si accorser dell'equivoco. Il Consiglier commessario della causa tentò allora di ritornar su i proprj passi, ma non era più tempo. La decione era stata pronunziata; e le parti la conoscevano. I magistrati componenti la sezione de' ricorsi, che, conoscitori de' veri principj della scienza legale, vedevano con dolore lo stabilimento di una massima perniciosa in giurisprudenza, si tranquillizzarono sul riflesso che la Sezione de' ricorsi non istabiliva massime, e non formava giurisprudenza, e che la Camera Civile, ove la causa passò, avrebbe esaminato e forse rigettato quel ricorso ch'essi avevano ammesso. Per molto ch'io mi sia affaticato, non mi è riuscito di

saper quale fosse stata la decisione della Camera civile. Debbo credere che questa non vi pronunziò, mentre nè nell'archivio della già Corte di Cassazione, nè nella raccolta stampata delle sue decisioni, mi è venuto fatto di rinvenir l'analoga decisione.

Io quindi non dubito che ove causa di simil natura ora si presenti alla conoscenza de' nostri tribunali, G. C. civili, o Suprema Corte, sarà profferita tale sentenza o decisione, che, mantenendo fermi i veri e sani principj delle leggi, escluda la moglie vedovata prima del Codice dal benefizio di non doversi iscrivere per la sua dote e competenze dotali.

La sola differenza osservabile a questo riguardo è la seguente.

Nel caso della moglie vedovata sotto l' impero del Codice abolito, di cui a lungo ò io ragionato, questa se non à presa inscrizione nell' anno dalla promulgazione delle leggi civili perde l' anteriorità della sua ipoteca legale per effetto della disposizione contenuta nell' articolo 2032 delle medesime leggi civili; laddove l' altra vedovata prima del Codice à perduta la sua anteriorità se non si è iscritta ne' termini stabiliti dalla legge del 3. gennajo 1809, e l' à perduta in forza del disposto dagli articoli di questa legge, che importa moltissimo di conoscere per ben giudicar la controversia.

Quattro sono gli articoli di questa legge che hanno rapporto all' oggetto in disamina: essi sono così concepiti:

Art. 91. « *I dritti d' ipoteche o i privilegj acquistati prima della organizzazione degli uffizj delle ipoteche*, potranno essere iscritti dentro il termine di quattro mesi dal dì della organizzazione suddetta. »

Art. 92. » Le iscrizioni che saranno fatte nel corso dei quattro mesi, conserveranno *ai creditori le loro ipoteche o privilegj*, ed il luogo che as-

segnavan loro le leggi veglianti al tempo dei contratti, ed il Codice civile dal dì 1. gennajo in avanti. »

Art. 93. « *Le ipoteche* che non saranno state iscritte dentro il detto termine di quattro mesi, non avranno effetto che dal giorno della inscrizione che ne sarà richiesta posteriormente. Nello stesso caso i *privilegj* degenereranno in semplice ipoteca, e questa *al pari di tutte le altre semplici ipoteche*, non avrà luogo che dal giorno della inscrizione. »

Art. 95. « Le inscrizioni a pro de' minori, degl' interdetti, degli assenti su' beni de' loro tutori, curatori, ed amministratori, e quelle *a pro degli sposi ancora minori*, per ragione delle loro convenzioni e dritti matrimoniali *saranno fatte* ad istanza delle persone indicate negli articoli 2136, 2137, 2138, e 2139 del Codice civile. »

Si osservi che col primo di questi quattro articoli si parla d' *ipoteche e privilegj già acquistati* prima dell' organizzazione degli uffizj delle ipoteche, e si parla generalmente senza distinguer que' privilegj ed ipoteche le quali a tenor del prescritto dal Codice civile non eran soggette ad iscrizione, da quelle ch' erano a tale formalità soggette: che la stessa generalità di espressione si rinviene nel secondo dei quattro articoli; che nel terzo di essi pronunziandosi la pena di decadenza ove tra quattro mesi *i creditori ipotecarj o privilegiati* non si fossero iscritti, si usa la frase di *tutte le altre ipoteche*; e che in fine coll' art. 95, ch' è il quarto de' riferiti non solo si prescrive *che sien prese le inscrizioni* pe' minori interdetti ed assenti, dalle persone indicate nei quattro citati articoli del Codice civile: ma quando parlasi delle mogli e mariti, per le convenzioni e dritti matrimoniali si parla di *sposi minori* di età; cosicchè l' obbligo

delle persone indicate dai quattro citati articoli del Codice civile sussiste per essi nella qualità di *minori* e non di *conjugi*; mentre in questa qualità di *conjugi*, ed essendo *maggiori*, l' articolo 95 non fa per essi veruna distinzione e non accorda loro neppure il benefizio che possan altri chiedere la inscrizione in nome loro.

Si osservi pure che la legge del 3 gennajo 1809, è posteriore al Codice civile messo in esecuzione il primo gennajo dello stesso anno, e pubblicato il 22 ottobre 1808, e che come tale colle sue disposizioni ha derogato in alcune parti alle disposizioni del Codice medesimo e specialmente a quelle relative alla esenzione dalla inscrizione accordata ad alcuni privilegj ed alle ipoteche legali.

E si osservi finalmente che siffatta derogazione veniva imperiosamente richiesta dalle circostanze, poichè trattavasi di regolar non già i dritti di privilegio e d' ipoteche che dovevansi acquistar per l' avvenire, essendovi per questi il Codice civile, ma sibbene i dritti di privilegio e d' ipoteche già acquistati prima del Codice, e che avevan d' uopo di disposizioni diverse, ossia di una legge in certa guisa transitoria, per non distruggere con una mano l' edifizio ipotecario che cercavasi di edificar coll' altra.

Senza dunque attingere dottrine e massime dagli autori e dalla giurisprudenza di Francia, a me sembra che presso di noi vi sia quanto basti per poter con franchezza sostenere che le mogli vedovate prima del Codice civile dovevano iscriversi nel termine di quattro mesi dallo stabilimento degli uffizj delle ipoteche, prorogato poi per due altre volte, e che non avendo in questo termine presa inscrizione per le loro convenzioni e dritti matrimoniali, esse non potevano più far risalire le loro ipoteche alla data de' patti nuzziali, e che, ove

si fossero iscritte nell' anno dalla promulgazione dalle LL. CC., come so di aver fatto non poche, inutilmente giovar si possono dell' art. 2032, non essendo questo applicabile al loro caso, ed essendo interamente inefficace per esse.

Conosciuto che le mogli rimaste vedove prima del Codice civile dovevano inscriversi, giusta la legge del 3 gennajo 1809.; conosciuto che le mogli rimaste vedove dopo della pubblicazione del Codice civile dovevano inscriversi, giusta il prescritto dall' art. 2032 delle LL. CC. e conosciuto che le mogli che rimangon vedove dopo della promulgazione delle LL. CC. debbono anche iscriversi, a norma del disposto dal citato art. 2032; egli è manifesto che la esenzione dalla formalità della inscrizione si limita soltanto alle sole mogli il cui vincolo conjugale tuttora esiste. Essendo una eccezione al principio fondamentale della pubblicità, essa doveva e deve sempre restringersi anzicchè estendersi. Ed io son di avviso che il sistema ipotecario, ossia il sistema delle iscrizioni, non toccherà mai la sua meta di perfezionamento se prima non si sarà spogliato il più ch' è possibile dalle eccezioni stabilite in favor di taluni crediti privilegiati, e delle ipoteche legali de' minori degl' interdetti e delle mogli.

Parlando ora di quest' ultime soltanto, mi si permetta ch' io faccia ravvisare la fragilità de' motivi che indussero i redattori del Codice civile in Francia a far esistere l' ipoteca legale delle mogli indipendentemente dalla inscrizione.

Si disse che la moglie soggetta all' autorità del marito non poteva prendere inscrizione sopra i di lui beni senza sovvertire il rapporto della dipendenza, e senza correre il rischio di perdere la sua dote per timore di dispiacere a suo marito. Si disse che la dote passando, finche dura il matrimo-

nio, in potere e proprietà del marito toccava a questo di curarne la conservazione, e non già alla moglie. Si disse che le donne non erano obbligate a saper con tanta precisione le diverse leggi ch' emanansi, con quanta saper le debbono gli uomini che per l' ordinario ne sono i redattori, e che quindi crudele sarebbe stato il far dipendere le loro doti e fortune dall' adempimento di formalità che a stento elleno giungono a conoscere. Si disse in fine che lo Stato à un vivo interesse perchè le donne non perdano la loro dote (a).

In primo luogo non so persuadermi in che modo l' assicurazione di un dritto proprio della moglie, possa scuotere, e frangere il rapporto della dipendenza di questa da suo marito. L' assicurazione di tale dritto, a ben intenderla, è fatta tanto nell' interesse del marito, che viene a ciò costretto dalla legge colla minaccia di qualche pena, quanto in quello della moglie. Come dunque potrebbe temersi che un simile atto sia per divenir come il seme della discordia domestica? E se questo timore non è giusto nel caso che la moglie prendesse facoltativamente la inscrizione, quanto meno il sarebbe nel caso che una legge espressamente ve la obbligasse? Ogni specie di ritegno e di scusa svanirebbe, ed il marito non avrebbe di che querelarsi.

In secondo luogo il considerarsi il marito come il proprietario della dote non importa che la moglie non potesse assicurarsene la restituzione. Il marito è padrone della dote, ma solo durante il matrimonio. Sciolto che questo sia, la dote ritorna alla moglie o ai di lei eredi. Con quale fonda-

(a) Veggansi le *Conférences du Code civil* tomo 7 edizione di Didot dell' anno 1805 pag. 47. a 140.

mento adunque potrebbe interdirsele di mettere in sicuro la sua proprietà, i suoi diritti? Anche colui che presta non è più padrone del denaro prestato. E si dirà che il mutuante non possa prendere inscrizione per esser certo che il suo gli venga restituito? Infine la inscrizione non è un atto di trasferimento ed alienazione di una proprietà, ma è un atto conservatorio di questa.

In terzo luogo è un dir troppo dicendo che le donne non sono obbligate a saper rigorosamente tutte le leggi, perchè non son esse che le formano. Dunque non dovrebbero neppur sapere con molta esatezza le leggi relative alle persone alle proprietà alle successioni, ai contratti, poichè non sono esse che le formano. E siccome un Codice od una legge p r l' ordinario suol esser composto e redatto da uno o da pochi individui, ai lumi de' quali il Re affida questo lavoro, così tutti gli altri individui dello stato non son obbligati a saperli rigorosamente giusta questa terza opposizione. Ma non è già la redazione quella che fa presumere la conoscenza di una legge; è la pubblicazione di essa. Questa eseguita, tutti debbono conoscerla, dotti ed ignoranti, nobili e plebei, uomini e donne. Regolarmente pubblicata adunque una legge che costringesse le mogli ad iscrivere per le loro ipoteche legali, non può supporsi ch' esse la ignorino senza rovesciare i primi principj di legislazione.

In quarto luogo io convengo che le doti dovevan richiamar l' attenzione del legislatore; ed esse ve l' han richiamata pur troppo, come appare dalla storia della legislazione intorno a questa materia. Son quindi giusti i favori accordati alla dote, e fra tai favori anche quello della ipoteca legale. Ma che questa ipoteca legale dovesse andare esente dalla formalità della inscrizione, ecco ciò su di cui non conveniva il sig. Treilhard, pretendendo che do-

vesse essere inscritta. Ed invero se la legalità dell' ipoteca fu accordata alla dote poichè questa interessava l' ordine pubblico, per la ragion medesima non era da accordarsele la esenzione dalla inscrizione, poichè interessava anche più vivamente l' ordine pubblico che non vi fosse. La ipoteca legale stabilita per la dote non offendeva nè offende alcuno: ma la esenzione dall' inscrizione nuoce al sistema della pubblicità, inceppa la libera circolazione dei beni, e danneggia in fine l' interesse dei terzi nel quale, come lo ha ben fatto conoscere il sig., Grenier, tutto consiste l' interesse pubblico.

D' altronde i redattori del Codice civile in Francia non potevano punto considerar la moglie come in uno stato di assoluta incapacità. Essi avevan conosciuto che per l' amministrazione accordata da lei a suo marito de' beni parafernali potesse e dovesse iscriversi. Che, coll' art. 2139 la legge accordò la facoltà alla moglie di prendere inscrizione per la sicurezza della dote e convenzioni matrimoniali. Or come mai una donna sarà considerata come capace a prendere inscrizione per la sicurezza di un dritto, ed incapace a prendere inscrizione per la sicurezza di un altro dritto? E come mai il vincolo della dipendenza rompevasi in un caso e producea liti domestiche, senza rompersi in un altro interamente simile, e senza produr che pace ed armonia?

A me pare quindi che i redattori del Codice civile in Francia s' ingannarono intorno alla stabilita esenzione, e che la opinione del sig. Treilhard era forse la più giusta, la più legale, la più consona col sistema delle inscrizioni.

Anche presso di noi, colla Prammatica del 30 luglio 1786, pubblicata il giorno due agosto dello stesso anno, e che stabilì un certo sistema ipotecario, le doti furon soggette alla inscrizione nell' archivio

Io non potrei terminar meglio questa mia dissertazione se non trascrivendo il preambolo di quella Prammatica. Si rileverà da questo che le istituzioni più utili in fatto di leggi non sono state straniere al nostro regno. Qualche miglioramento è stato fatto in Francia; ma chi nieghierà che questo si sarebbe fatto anche tra noi? Tutte le opere dell' uomo, e specialmente la istituzione di sistemi legali, non nascono perfette. È il tempo che coi moltiplici casi dell' esperienza ne va facendo conoscere a poco a poco i difetti, ed i mezzi per emendarli. Si conoscerà pure che la pubblicità fu il principio fondamentale che fin d' allora la M. S. felicemente regnante si propose di ottenere. E si conosceranno come in un quadro tutt' i motivi e le ragioni per cui uno stabilimento di simil fatta altamente reclamavasi, motivi e ragioni che ora trovansi disseminati e disperse in molti volumi di opere dottrinali che ci vengono dalla Francia.

« La erezione di un *pubblico* generale Archivio, per la registrazione e conservazione dei contratti à formato da secoli il gran desiderio della nazione, ed è stata più volte ordinata e considerata necessaria eziandio dai nostri Predecessori. Ferdinando Primo nel 1477 colle prammatiche 1. e 3 *de Notariis* la prescrisse: ma le provide sue mire rimasero scomposte dai lagrimevoli torbidi del regno. Carlo Quinto nel 1533 annuì alle preci di questa metropoli, che la chiese, ma per private ragioni opposte al pubblico vantaggio, la grazia non ebbe effetto. Filippo Terzo colla Prammatica 3. e 4. *de Contractibus*, nel 1609 tornò a prescriverla, ma per le vicende de' tempi ne fu impedita la esecuzione. E finalmente è noto, che anche l' augusto mio genitore ne avesse formata l' idea, e che l' avrebbe eseguita se il suo passaggio alla Monarchia delle Spagne non l' avesse vietato di ridurla ad ef-

fetto. La mancanza però di tale utilissima e vantaggiosissima opera ha sempre tra i nostri amatissimi sudditi fatto sentire un *grave ostacolo al Commercio, ed è stata ed è la sorgente delle molte liti che tutto giorno disturbano la quiete ed il riposo delle famiglie e dello Stato.* Per mancanza di un pubblico archivio, col registro di *tutt' i contratti*, testamenti, fedecommessi, *donazioni*, preamboli ed altre simili scritture, non potendo gl' individui dello stato aver le notizie convenienti degli averi, e delle altre circostanze di coloro con cui vogliono contrattare, o se ne astengono affatto dubitando di non esservi sufficienti cautele, o s' inducono a farlo senza tali cognizioni per non tenere ozioso il loro denaro, ed indi trovansi involti in mille liti colla rovina del proprio patrimonio; scorgendosi tutto giorno con rincrescimento del nostro regal animo, che molti dei nostri sudditi, mentre credono d' impiegare i lor capitali con possessori di facoltà libere, col progresso di tempo le trovano poi soggette, colla manifestazione di qualche antico fedecommesso, o maggiorato, che stava sepolto fra le tenebre. Altri credono contrattare con persona dichiarata erede in virtù di preambolo, e quindi incontrano la perdita delle loro sostanze all' apparire tal preambolo rivocato in forza di decreto che s' ignorava. Altri finalmente contrattano con chi à con occulti istromenti precedentemente, ed irrevocabilmente donati i suoi beni, od in altra forma obbligati, e quando credono raccorre il frutto del capitale impiegato, incontrano la perdita non solo dei frutti, ma del capitale medesimo; il che non accade fra molte nazioni di Europa e specialmente nell' Italia, dove utilmente si veggono ordinati, e stabiliti simili archivj, e si prova la felicità del commercio per mezzo della sicurezza de' contratti, e della buona fede, che li ac-

compagna. Siccome dunque una delle più provvide e serie nostre cure è stata sempre ed è quella di vedere assodata la quiete de' popoli a noi soggetti, ed *accertata la pace delle famiglie colla totale sicurezza dei loro averi*, così essendoci stato rinnovato il progetto della erezione di un' opera tanto vantaggiosa, quanto è quella di un pubblico generale archivio per la registrazione e conservazione de' contratti, e riputando tale opera, uno dei migliori mezzi per per lo conseguimento dell' espressato fine, dopo averla fatta esaminare dalla Camera, della Sommaria, dalla Regal Camera di S. Chiara e dal Supremo Consiglio delle nostre finanze ci siam determinati di approvarla ec.... E per la sua più facile, sicura; e spedita esecuzione, ordiniamo e comandiamo che debba avere il suo effetto cogli stabilimenti compresi nei seguenti articoli.»

La presente dissertazione era già sotto ai torchi quando é venuta a mia conoscenza una decisione del 10 luglio 1816, profferita dalla già Corte di cassazione nella causa tra Orsini e Cesareo. Doveva in questa causa discutersi la controversia relativa alle ipoteche legali della moglie già resa vedova. La G. Corte la risolvette per un' altra via, ma presentendo le difficoltà che sorgevano per la quistione delle ipoteche legali delle vedove, e profittando del momento in cui la M. S. aveva ordinato di modificarsi e correggersi l' abolito Codice civile, fece per mezzo del suo Pubblico ministero pervenire appiè del Real Trono un verbale con cui si promuove una disposizione legislativa in ordine alla controversia insorta sulle ipoteche legali delle vedove, se dovevan cioè essere esenti oppur no dalla formalità della inscrizione.

Credo utile il far conoscere l' intero verbale così come fu pronunziato. Esso è pieno di principj luminosi sulla materia in esame. E, tranne poche co-

se, può considerarsi come un modello nel suo genere.

Dalla sua lettura si vedrà che l' art. 2032 delle attuali LL. CC. venne giusto per dileguare i dubbj presentati dalla già Gran Corte di cassazione, e che quindi esso è dichiarativo dell' art. 2136 dell'abolito Codice civile.

VERBALE DELLA GIA G. CORTE DI CASSAZIONE.

» L'anno 1816: il dì dieci di luglio.

« Questa mattina alle ore 18 di Francia si è unita la sezione civile della Corte di cassazione nel solito locale di Monteoliveto, dove sono intervenuti il Presidente Cavaliere Suarez, i Consiglieri de Rogati, Parrilli, Magliano, Lotti, Grimaldi, e Rizzi, ed il 1. Avvocato Generale Cianciulli. »

Il Consigliere de Rogati ha proposto il ricorso per cassazione prodotto dal sig. D. Francesco Orsini contro la decisione emessa dalla Corte di appello di Napoli nel dì 8. Marzo 1815, nella causa co' sig. D. Paolo, Stefano, e donna Marianna Cesareo, e donna Giulia Adinolfi. Udito il rapporto. Intesi il dottor D. Francesco Orsini avvocato per se stesso, ed il dottor D. Giovanni Farucci avvocato di Cesarea, ed Adinolfi: ed inteso il pubblico Ministero, che colle sue orali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso, fondandosi sul solo articolo della insolidità del debito, ed ha opinato esser superflua ogni disputa sull' intelligenza, ed applicazione degli articoli 2135 e seguenti del Codice civile, e della L. de' 3. Gennajo 1809. »

« La Corte Suprema, attentochè la decisione della Corte di appello è confermativa della sentenza di prima istanza, la quale è basata sull' appoggio di essere il dottor Orsini solidalmente obbligato; riputando superfluo il pronunziarsi sugli altri mezzi

di cassazione, e sulle risposte vicendevolmente ad essi date, ha deciso rigettarsi il ricorso. Della quale decisione si è data lettura pubblica in presenza del Ministero pubblico, e degli avvocati delle parti. »

» Nella causa anzidetta la Corte Suprema ha creduto, che un atto autentico, in cui il figlio col padre obbligossi verso un creditore, gli osti poi quante volte egli rappresentando le ragioni dotali della Madre vincer voglia costui per ipoteca, o privilegio. Diveniva così inutile ogni disputa promossa dalle parti in giudizio in ordine al credito materno non iscritto, poichè sia il figlio nelle circostanze di farlo a suo favor valere, o pur no, egli rimane sempre tenuto in faccia al creditore su' proprj beni, ne' quali compresi sono ancor quelli a lui devoluti per successione alla madre. »

» Mentre però nella specie vana era la quistione sulla dote non iscritta, la Corte ne ha nondimeno sentita l' importanza per l' oscurità delle LL. attuali precisamente al proposito delle antiche ipoteche, e per le conseguenze che ne derivano. In un momento in cui S. M. si occupa della riforma di queste LL., Ella ha creduto di commettere alla diligenza del pubblico ministero di sottoporre alla sua saviezza quelle che concernano la materia. »

» Sono noti i privilegj da Giustiniano accordati alla dote, che vengono espressi nella *L. assiduis, Cod. qui pot. in pign.* Fra questi è la tacita ipoteca. Ciò non ostante nel regno i capitoli matrimoniali in cui propriamente costituivasi la dote, dovevano registrarsi in Archivio - Prammatica. »

» Se però lo statuto non derogava alla L. Romana, da cui, e la tacita ipoteca, e l' azione *ex stipulatu* dipendevano, *L. ead.*, *L. unc. de rei ux. act.* certamente per altro nella Prammatica il legislatore saggiamente si propose di dare a' contratti dotali quella pubblicità, onde abbisogna ogni atto

civile ad evitare l'inganno, e la sorpresa delle parti contraenti. »

» Tal' era questa parte di legislazione nel cominciamento dell' anno 1809., allorchè dopo il Codice civile fu pubblicata la L. de' 3. Gennajo sulla conservazione delle antiche ipoteche, e sul metodo della loro iscrizione. »

» Nel Codice civile art. 1394. è ordinato « Tutte » le convenzioni matrimoniali saranno formate pri» ma del matrimonio, con atto innanzi notajo. Per quanto riguarda poi in generale le ipoteche, esse debbono costituirsi con atto autentico, art. 2127:- Ma le ipoteche legali, tra cui è quella della dote, esistono indipendentemente dalla inscrizione, che la L. richiede di necessità per tutte le altre, articoli 2134, 2135: Questa eccezione secondo il linguaggio del legislatore ha luogo a beneficio delle mogli *per ragione della loro dote e convenzioni matrimoniali sopra gl' immobili de' loro mariti dal giorno del loro matrimonio*. Sebbene però l' ipoteca dotale regesse senza inscrizione, il marito, su' beni del quale ella gravita, è tenuto a pena di stellionato d'inscriverla, e renderla così pubblica art. 2136. In mancanza del marito, è autorizzata a farlo la moglie, il Procurator Regio, i parenti, ed amici de' due conjugi, articoli 2138, 2139. Tali sono le disposizioni del Codice civile. »

» Tuttavia le antiche ipoteche vengono regolate dalla L. de' 3. Gennajo 1809, colla quale è prescritto il modo, ond' esse possono conservarsi per mezzo della inscrizione. Nell'art. 92. di questa L. si dice » Le inscrizioni, che saranno fatte nel cor» so de' detti quattro mesi (dal dì della organiz» zazione degli uffizj) conserveranno a' creditori » le lore ipoteche, e privilegj, ed il luogo che » assegnavan loro le LL. veglianti al tempo de' con» tratti, ed il Codice civile dal dì 1. Gennajo in

» avanti. » Nel seguente articolo 95. si determina la pena di non aver iscritto, qual' è quella di perdere l' anteriorità, ed il grado. Successivamente senza farsi menzione dell' art. 2135 del Codice civile, per cui l' ipoteca legale esiste indipendente da inscrizione, si soggiugne nell' articolo 95 : « Le inscri-
» zioni a prò de' minori, degl' interdetti, degli as-
» senti su' beni de' loro tutori, curatori, ed am-
» ministratori, e quelle a prò degli sposi ancora
» minori, per ragione delle loro convenzioni, e
» dritti matrimoniali, saranno fatte ad istanza
» delle persone indicate negli articoli 2136 : 2137:
» 2138, e 2139 : del Codice civile. »

» Le persone espresse in cotesti articoli sono il marito, il tutor surrogato, il Procurator Regio, i parenti, o gli amici del marito, della moglie, de' minori. Solo la inscrizione alle donne è ordinata, quando un compratore de' beni del marito voglia trascrivere la vendita art. 2094. »

» Quindi sembra ravvisare nella L. menzionata due essenziali difetti. Il primo è quello di abbandonare alle congetture le regole sulle ipoteche legali ; la qual cosa se supplir debbasi dalla Giurisprudenza delle corti, non cesserà per ciò di essere un' addizione legislativa esposta alla varietà del giudicare. In effetti la corte di appello sedente in Napoli in due diverse sezioni si è al proposito divisa in altrettante sentenze contrarie (a). L' altro è an-

---

(a) Spettava alla G. C. di Cassazione, ora Corte Suprema di giustizia, lo stabilir la massima atta a dileguar tutte le incertezze, e le divisioni nel diverso modo di giudicare delle Corti civili.

Non aveva essa stabilita la massima relativa alle rinunzie stipulate dalle figliuole maritate sotto l' impero delle antiche leggi, e l' altra relativa alla purgazion della mora? Intorno a questi argomenti non vi era forse divergen-

che più grave parlando la L. nell' art. 95 di *Sposi ancora minori*, ed in tal guisa eccettuando manifestamente, i *maggiori*, che restano affatto esclusi dalle sue disposizioni. » (a)

» Se per tanto la L. de' 3. Gennajo non è abbastanza precisa, non può dirsi altrimenti del Codice civile. L'ipoteca legale è un beneficio accordato alla dote. La L. ha imposto al marito il dovere d' iscriverla, e renderla per tal modo pubblica. La mancanza d' inscrizione non può rendere indotata la donna, i cui beni sono in amministrazione del marito. Similmente è a dirsi dell' interdetto, e del minore per l' ipoteca su' beni del tutore. Ma che dovrà pensarsi nel caso che il matrimonio si sciolga? La dispensa alla inscrizione continuerà in favore della vedova, de' dilei eredi, o di coloro, che da essa han causa, e per un tempo indefinito? Qui tace il Codice ed il suo silenzio apre il varco a molti litigj tanto incerti nella loro decisione, che per le conseguenze. »

» Non è dunque meraviglia, se nel suolo natio del Codice civile insorte sieno su questa teoria opposte, ed arbitrarie opinioni degli autori, come ne rende testimonianza il repertorio di Merlin all'art.

---

za tra le G. C. civili? La legge non era egualmente muta? Eppure diverse ammirabili decisioni furon profferite. I dubbj svanirono e surse la giurisprudenza.

(a) A me pare che lungi dall' essere un difetto della legge, l' avere esclusi gli sposi di età maggiore, sia anzi un motivo di elogio per la stessa. O' fatto già conoscere che per troppo deboli ragioni si accordò in Francia l'esenzione dalla inscrizione all' ipoteca legale delle mogli, ed io son di avviso che allora si conoscerà tutto l' utile ed il vantaggio del sistema delle inscrizioni quando o non vi saranno eccezioni al principio della pubblicità, o quando si riducano a quelle soltanto che dalla stessa natura delle cose si esige.

inscrizione ipotecaria §. 5, e tanto meno meraviglia, se quivi i Tribunali non offrono una costanza di principj. » (a)

» Or che il beneficio di non iscrivere l' ipoteca dotale finisca col matrimonio, è senza fallo un assurdo (b). Ed invero qual vantaggio sarebbe conceduto alla donna, se ella durante il matrimonio non sia obbligata ad iscriversi, e dopo la morte del marito non possa farlo, poichè il matrimonio è sciolto? E' per contrario poco consentaneo al fine della legge estendere ad un tempo senza limiti, e pel corso delle generazioni una dispensa alla inscrizione, che occultando un gran numero d' ipoteche nel passaggio de' poderi, frauderebbe l' utile instituzione della loro pubblicità, onde deriva la facilità de' contratti, la garentia degl' interessi, e la tranquillità delle famiglie. »

» La corte suprema affidando alla cura del pubblico ministero di mettere sotto l' occhio della suprema autorità queste sue brevi considerazioni, siccome intende di eccitare così il suo zelo al pubblico bene, così adempie altronde uno de' principali doveri impostile dall' art. 28. della L. Organica de' 20. aprile 1812. »

» Dopo di ciò il Presidente Cavaliere Suarez ha dichiarata sciolta la seduta. »

» Suarez Coronel - Marchese Vice-Cancelliere. »

(a) Ora la giurisprudenza in Francia è costante. Le vedovate prima della pubblicazione del Codice civile, dovevano iscriversi per conservar la loro ipoteca legale.

(b) Ma se finisce la causa perchè non deve finir l'effetto?

§. II.

Mezzi suggeriti dalla legge per la conservazione e riduzione delle ipoteche legali in favore delle mogli, dei minori e degli interdetti, e per la sicurezza dei terzi.

(Mezzi atti a conservare le ipoteche delle mogli e dei minori).

264. Parlando dell'ipoteca convenzionale, sez. 2.ª, §. 2.°, nello spiegar l'oggetto e le forme della iscrizione in generale, ho pure indicate le forme particolari delle iscrizioni relative alle ipoteche legali delle mogli, e dei minori; ma doveva io risalire ai mezzi dalla legge ammessi per la conservazione delle ipoteche legali che vengono messe in opera dalle formalità. Ecco quello di cui sono ora per occuparmi.

Poichè il legislatore ha creduto dovere esentar dalla iscrizione le ipoteche legali delle donne maritate per la conservazione de' loro dritti dotali, sopra i beni dei loro mariti, e quelle de' minori ed interdetti sopra i beni dei loro tutori, il che formava una grande eccezione al principio fontamentale della pubblicità dell' ipoteca, ch'è la base della legislazione ipotecaria, la sua saviezza gli à suggeriti i mezzi coll'aiuto dei quali siffatta esenzione dalla iscrizione non divenisse un campo di reti sempre tese contra la buona fede dei terzi che contrattar potrebbero col marito, e coi tutori.

Questi mezzi consistono, 1.° nella necessità in cui rattrovansi i mariti e i tutori di render pubbliche le ipoteche dalle quali son gravati i loro beni; in quella di cercar le inscrizioni sopra loro medesimi, e finalmente nel timore di esser tenuti come stellionatarj, e di potere essere convenuti

come tali, ov' essi consentano, o faccian prendere iscrizioni su i loro beni immobili, senza dichiarare espressamente che quest' immobili eran soggetti all' ipoteca legale delle mogli, de' minori, o degl'interdetti (1).

2.° Nell' obbligazione imposta al tutor surrogato, sotto la sua responsabilità personale, di vigilare perchè la inscrizione sia presa su i beni del tutore, ed anche di farla prendere: la legge à pur previsto il caso di negligenza sia del tutore sia del tutor surrogato, nell' adempire a siffatta obbligazione, ed anche quella per parte del marito; ed essa à stabilita una specie di garentia, così per la moglie i minori, e gl' interdetti, come pei terzi nell' incarico dato al procurator regio del tribunal civile del domicilio del marito, e del tutore, o del luogo ove i beni son posti, ond' egli supplir possa alla di loro negligenza.

3.° Nella facoltà accordata non solo alla moglie ed al minore di poter essi medesimi richiedere la inscrizione, ma benanche ai parenti del marito,

---

(1) Debbo far conoscere che una decisione della corte di cassazione del dì 25 giugno 1817, riferita da Denevers *lo stesso anno pag. 409* à giudicate alcune quistioni relative a queste controversie, che giova sapere. Essa à specialmente deciso, interpretando l' art. 2059 ✳ 1934 del Codice civile, che non vi è stellionato quando non si dichiarano le ipoteche convenzionali o giudiziali, ma solo quando asseriscono liberi fondi già ipotecati. La stessa decisione à giudicato, interpretando l' art. 2136 ✳ 2022, che un marito non è stellionatario quando non dichiara l'ipoteca legale della moglie sull' immobile ch' egli vende, ma solo quando consente, e fa prendere iscrizioni per privilegj ed ipoteche sopra i suoi beni fondi, senza dichiarare espressamente che questi fondi son sommessi all' ipoteca legale della moglie. Può anche vedersi Sirey, *tomo 18, part 1. pag. 13.*

della moglie, e del minore e per questo anche ai suoi amici in mancanza di parenti. Articolo 2136 2137, 2138, e 2139 ✳ 2022, 2023 2024 e 2025, del Codice civile.

Ma questo non è ancor tutto. La legge offre una particolar risorta ai terzi acquirenti da un marito o da un tutore, i quali fossero stati nella persuasione che il marito o il tutore, venditori, avevano, oltre la cosa venduta, sufficienti beni per la sicurezza della dote e convenzioni matrimoniali, o per quella della tenuta amministrazione. Una tale risorta consiste in ciò che i compratori possono, quando non esista inscrizione, purgare i fondi comprati dall' ipoteche impressevi. I mezzi somministrati dalla legge per giungere a questo scopo sono, 1.° il deposito del contratto alla cancelleria del tribunale nella cui giurisdizione eran siti i fondi venduti, l'intimazione di questo deposito alla moglie, al tutor surrogato, al procurator regio presso di questo tribunale, e l' affisso di tale deposito, durante il corso di due mesi, nella sala delle udienze; 2.° il potere dato alle mogli, ai mariti, ai tutori, ai tutori surrogati, ai minori, agl' interdetti ed ai procuratori regj, di prendere e far prendere, durante questo intervallo, se vi è luogo, la iscrizione sul fondo alienato.

Ecco il risultamento degli articoli 2193, 2194, e 2195 ✳ 2093, 2094 e 2096 del Codice civile, e quello dell' avviso del consiglio di stato del 1. giugno 1807, alla disposizione del quale mi basta di rinviare. Un tale avviso è così preciso circa le formalità che ne sono l' oggetto, ch' è inutile di entrare a questo riguardo in veruna spiegazione. Osserverò soltanto che quando la moglie del venditore esiste, come pure il tutor surrogato dei minori che si trovassero sotto la tutela del venditore, e che quando è certo ch' eglino sono conosciuti

dal compratore, purchè ciò avvenga in forza di titoli molto precisi, derivanti dall' acquirente, in questo caso l' intimazione dell' atto di deposito fatto nella cancelleria, del contratto traslativo di proprietà, e prescritto da questo avviso, e dagli articoli del Codice che vi hanno relazione, dev' essere necessariamente fatta a questa moglie ed a questo tutor surrogato, e non basterebbe se si fosse fatta al solo procurator regio. Simile conseguenza può cavarsi non solo da questo medesimo avviso del consiglio di stato, ma benanche da una decisione della corte di cassazione, del 14 giugno 1817, *Denevers, lo stesso anno pag. 97.* L' osservazione d' altronde è molto fondata. Gli articoli 2194, e 2195 ✳ 2094, e 2096 esigono che la intimazione di cui essi fan parola, venga fatta direttamente alla moglie, ed al tutor surrogato, ed è solo nel caso in cui la moglie ed il tutor surrogato non fossero conosciuti dal compratore, che l' avviso del consiglio di stato del 1. giugno 1807, à soggiunte novelle formalità che sono quelle prescritte dall' art. 683 ✳ 778 del Codice di procedura.

Convien ravvicinare all' avviso del consiglio di stato del 1. giugno 1807, quello degli 8 maggio 1812, il quale estende le formalità prescritte dal primo anche alle donne divenute vedove, ed ai minori divenuti maggiori sotto l' impero del Codice civile, come pure ai loro eredi ed altri rappresentanti di essi.

Dopo tante precauzioni, il legislatore à dovuto credere, o che vi siano delle iscrizioni, o che se non ve ne sopravvengono, ciò accadrebbe solamente nel caso di non esservene, e che coloro i quali sono autorizzati a prenderle per la moglie, o pe' minori, non avran voluto nuocere gratuitamente e senza verun oggetto ad un marito, o ad un tutore

che sebbene avessero fatte delle vendite, pure presenterebbero una solvibilità molto rassicurante.

Nella legislazione attuale trovasi un giusto mezzo tra l'editto del mese di marzo del 1673, e quello del 1771. Il primo cogli articoli 57 e 60 eccettuava dalle sue disposizioni semplicemente le ipoteche legali, il che lasciava una vasta lacuna nella formazione del sistema ipotecario. Il secondo pronunziava, senz' alcun temperamento, la decadenza da queste ipoteche per la sola mancanza di opposizione alle lettere di ratifica (art. 17 e 32). Una simile disposizione poteva sembrar troppo dura, poichè spesso non poteva imputarsi questo difetto di opposizione alle persone in favor delle quali queste ipoteche erano stabilite.

(La trascrizione è inutile per la purgazione delle ipoteche legali)

265. È d' uopo ch' io faccia riflettere, che dall' art. 2194 ✳ 2094, paragonato all' art. 2181, e 2183 § 3 ✳ 2075, e 2082 § 3, risulta che quando trattasi semplicemente di purgare un fondo dalle ipoteche delle mogli, e de' minori, in favor dei quali non furon prese iscrizioni, la preventiva trascrizione del titolo traslativo di proprietà non è necessaria, e che le formalità prescritte dall' art. 2094 sono sufficienti. La ragione si è che quest' ultimo articolo non parla della formalità della trascrizione, e che quelle ch' egli prescrive, vi suppliscono anche meglio per procurarci la conoscenza del titolo, conoscenza ch' era evidentemente lo scopo della trascrizione. Il che trovasi ottimamente stabilito dal sig. Tarrible, *Rep. de jurisp.* alla parola *Transcription*, §. *3*, *num. 5.* Questa opinione, per fondata che sia, non ha più lo stesso grado di utilità, dopo gli articoli 32, 54, e 61 della legge sulle finanze, del 28 aprile 1816, coi quali vien

prescritto il pagamento delle spese di trascrizione e di quelle di registro da farsi contemporaneamente. L'osservazione però à luogo pei contratti anteriori a questa legge del 1816. Del resto, su questa moltiplicità di forme per giungere alla stessa meta, e che tutte potrebbero esser fuse in una sola, io richiamo l'attenzione del legislatore nella seconda parte, cap. 1.° sez. 2.ª e 4.ª di questo Trattato.

La donna maritata perde assolutamente ogni dritto sul prezzo del fondo venduto dal marito, sebbene non abbia presa iscrizione nei due mesi a contar dall'affisso del contratto nella sala di udienza ?)

266. È inserta una quistione di tale importanza che merita di essere discussa. Essa consiste nel sapere se, quando un fondo venduto dal marito è stato liberato dall' ipoteca legale della moglie, per non essersi presa inscrizione nel termine de' due mesi a contar dal dì dell' affissione del contratto di acquisto, la moglie o i suoi creditori conservano il dritto di farsi collocare sul prezzo del fondo quando questo prezzo non è stato ancora distribuito.

Convien distinguere. Se non vi è alcuna ipoteca iscritta contra il marito venditore, e se il compratore intima la vendita, uniformemente all' art. 2194 ✳ 2094 del Codice civile, solo nel suo proprio interesse, onde conoscere se sopraggiungerà, o pur no, una inscrizione per parte della moglie, allora non essendovi stata veruna inscrizione fra i due mesi della esposizione del contratto, il fondo venduto passa all' acquirente libero da qualsivoglia peso pei dritti della moglie del venditore, e l' acquirente rimane a fronte di questo liberato validamente. È questo quel che si deduce dall' art. 2195 ✳ 2096 del Codice civile.

Ma se, al tempo della trascrizione della vendita ed intimazione, vi esistessero delle iscrizioni prese

dai creditori del venditore, può l'acquirente prendere del pari le misure suggerite dall' art. 2194 ✳ 2094. Queste ànno sempre un utile oggetto, qual'è quello che il giudizio d' ordine possa farsi intesi coloro che vantassero delle ipoteche legali, la inscrizione delle quali sarebbe provocata colle formalità relative alla purgazione. È questo il mezzo ond' evitare un ritardo al giudizio d' ordine, il quale non potrebbe farsi, senza che si ordinassero preventivamente le misure tendenti a purgar l' ipoteche legali; come l' ho già detto altrove; mentre, senza questi passi preliminari, perfezionandosi il giudizio d' ordine, i creditori i quali vantassero queste ipoteche legali, potrebbero, facendole valere, distruggere il già fatto, e reclamare il prezzo distribuito.

Nondimeno se, nel caso in cui dovesse farsi una distribuzione, la moglie s'iscrivesse prima della graduatoria, ma spirati i due mesi prescritti dall' art. 2194 ✳ 2094, ella potrebbe anche concorrere, colla data della sua ipoteca, sul prezzo da distribuirsi. Ciò dipende da un principio elementare su questa materia, che l' ipoteca legale, cioè, della moglie esiste indipendentemente dalla inscrizione: essa prende il suo rango per se medesima, e dal dì della sua data senza bisogno d' iscrizione. Siffatta iscrizione è però necessaria per farsi conoscere e per far parte nella graduazione; dimodocchè basta che l' inscrizione preceda la graduatoria.

È sembrato imbarazzante, e non sapea concepirsi che il fondo rimaneva libero dall' ipoteca legale nelle mani dell' acquirente, e che intanto la moglie conservasse il suo dritto sul prezzo.

Ma il dritto che in questo caso la moglie esercita sul prezzo non si oppone ad alcun principio. Perchè la moglie a differenza dei creditori che han l' obbligo d' iscriversi, può concorrere sul prezzo, sebben da principio non abbia presa un' iscrizione? pel

favore particolare accordato alla sua ipoteca di essere esente dalla inscrizione. Ma la inscrizione ch' ella prenderebbe, elassi i due mesi, non le darebbe altro dritto che quello di concorrere sul prezzo, e mai sul fondo. Il di lei silenzio durante i due mesi ne' quali rimase affisso il contratto di vendita, ha già liberato il fondo dall' ipoteca legale, che è rimasta convertita in un' azione sul prezzo. E l' azion della moglie sul prezzo interessa i creditori, non già l' aquirente. Avviene in questo caso quel che avvenir suole in quello in cui dopo l' intimazione del contratto trascritto, ai creditori, in esecuzione dell' art. 2183 ✳ 2082, non vi sono incanti. La mancanza degl' incanti opera nelle mani dell' acquirente, giusta l' articolo 2186 ✳ 2085, la liberazione da qualsivoglia privilegio ed ipoteca, ed il dritto riman sul prezzo. Ben si ravvisa che nel caso in disamina l' operazione è la stessa. Quindi la controversia è stata così giudicata da una decisione della Corte reale di Douai, del 14 aprile 1820, *Denevers*, *anno 1821*, *pag. 47 sup.* Dee anche dirsi lo stesso, e pei motivi medesimi pel caso dell' ipoteca legale de' minori ed interdetti sopra i beni de' loro tutori.

Nondimeno mi è forza il dire ch' io tratto la controversia solo pei tribunali e giureconsulti, e sotto al rapporto dello stato attuale della legislazione. Che se questa legislazione dovesse rivedersi, varrebbe meglio che si venisse ad idee più sane e più conformi ai principj che debbono regolare un sistema ipotecario. La purgazione da qualsivoglia ipoteca, ed anche dalle legali, per mancanza d' iscrizione nei due mesi, o in qualunque altro termine accordato a contar dall' affissione del contratto, dovrebbe aver luogo indistintamente tanto riguardo ai compratori che riguardo ai creditori. Dovrebbe aversi come principio che quel che fa l' ac-

quirente è fatto non solo nel suo proprio interesse; ma benanche in quello di tutt'i creditori, nell'interesse de' quali si presume ch'abbia stipulato. Rinvio a quel che dirò a questo proposito nella seconda parte, cap. 1.° sez. 3. e 4., e specialmente nel numero 490.

Facoltà e modo di restringere l'ipoteca legale.

267. Dopo di aver provveduto al beue delle mogli e dei minori, e nel tempo stesso a quello dei terzi, i quali avrebbero potuto ignorar l'esistenza delle ipoteche legali, la legge viene al soccorso dei mariti e dei tutori per alleviare, riguardo ad essi, la gravezza di queste ipoteche. In quanto al marito la legge permette, allorchè le parti sono di età maggiore, di stipulare, anche nel contratto di matrimonio che la iscrizione sarà presa sopra un solo o sopra diversi fondi, rimanendo liberi quegli altri suoi fondi, non sottoposti all'ipoteca per la dote e convenzioni matrimoniali. Quindi una semplice previdenza per parte del marito, anche prima che l'ipoteca prenda origine, può dissimpegnare una parte de' suoi beni più o meno considerevole, secondo il valor dei medesimi, proporzionato al valor della dote e convenzioni matrimoniali.

Vi è anche di più. Se al tempo del matrimonio, la sua possidenza fosse tale che non si credesse utile cosa il restringere l'ipoteca legale sopra una parte soltanto de' suoi beni, il marito, anche dopo del matrimonio, se la sua proprietà si aumenta ed offre una maggiore sicurezza, potrà chiedere, col consenso di sua moglie, e col consiglio di quattro dei più prossimi parenti di essa riuniti in assemblea di famiglia, che l'ipoteca generale sopra tutt'i suoi beni immobili si limiti a quelli che sono

sufficienti alla conservazione di tutt' i dritti della moglie.

In quanto al tutore, egli, se vi è luogo, potrà domandare la stessa riduzione, al consiglio di famiglia al tempo della sua nomina. Articoli 2140, 2141, 2143, e 2144 ✳ 2034, 2035, 2037 e 2038 del Codice civile (1).

Queste misure sono una pruova della previdenza del legislatore, onde facilitare la pratica del sistema ipotecario col sistema della pubblicità che ne è la base fondamentale: ed è sorprendente che se ne faccia uso così di rado. Non è senza ragione che nei motivi della decisione della Corte di cassazione, del 9 novembre 1819, la quale a' giudicato che la moglie poteva esercitare le sue ipoteche legali anche sopra i beni della comunione venduti dal marito, decisione dà me già citata nel num. 248, che il marito dee imputare a se medesimo, in questo caso, di non aver *fatta ridurre* questa ipoteca, se vi era luogo. Basta leggere gli articoli 2140 e 2145 ✳ 2034 e 2038, ed anche gli articoli 2142, e 2145 ✳ 2036, e 2039, per rimanere convinto che i fondi sottratti al giogo dell' ipoteca legale della moglie, per effetto delle misure indicate, potranno esser venduti ed ipotecati dal marito con piena sicurezza. Se la riduzione delle ipoteche legali fosse stata più frequente di quello ch' essa è, non si sarebbero visti tanti creditori ed

(1) In questo e nel precedente numero si troveranno alcuni squarci che leggonsi nel rapporto ch' io feci al Tribunato ed al Corpo legislativo sulla legge relativa ai privilegj ed ipoteche. Gli ò trascritti parola a parola. Ho creduto potere copiar me stesso, senza che vi fosse bisogno di tradurmi, avendo conosciuto che le mie prime espressioni rendono anche meglio le mie idee di quello che l' avrebbero rese le frasi da sostituire.

acquirenti tormentati da inutili sentimenti per non aver impegnati i mariti e i tutori coi quali contrattarono, a far uso di questa misura, e questi non si troverebbero esposti a tante penose ed umilianti molestie, giusta l'art. 2136 ✱ 2022 del Codice per averla imprudentemente negletta. La pratica di quest'uso è uno de' mezzi in virtù de' quali vengon meno molte critiche fatte contra la legislazione ipotecaria.

Caso in cui si rivoca la riduzione.

268. Ciò nulla ostante fa d'uopo osservare che una tale riduzione d'ipoteca sopra determinati immobili del marito, stabilita in esecuzione degli articoli da me citati, potrebbe esser rivocata. La rivoca potrebbe reclamarsi sia in caso di deperimento dei fondi su i quali erasi ridotta l'ipoteca della moglie, talchè più non offrissero una sufficiente garentia, sia che venisse in prosieguo a scoprirsi la proprietà di questi beni non appartener sicuramente al marito o esser gravati da ipoteche legali esenti dall'obbligo della iscrizione, e che per ciò da prima non si conoscevano. Ben si vede che siffatta rivoca di riduzione potrebbe esser chiesta o dalla moglie, o da tutti coloro che la legge invita a prendere iscrizione per essa, ed ai quali essa affida la cura de' di lei interessi: si ravvisa benanche ch' essa non potrebbe esser pronunziata se non colle forme prescritte dalla legge per ottenersi la riduzione. Ma tutto quello che sarebbe stato fatto dal marito in conseguenza della riduzione prima che fosse rivocata, non dovrebbe aver meno la sua esecuzione. I terzi avrebbero contratto con lui sulla fiducia dell'autorità giudiziale, e la rivoca della riduzione la quale non avrebbe potuto farsi

che nell'interesse della moglie, non potrebbe avere un effetto retroattivo a danno de' terzi.

Le inscrizioni prese dal marito (e tutto questo è comune al tutore), sopra i beni immobili ai quali l'ipoteca legale sarebbesi ridotta, debbono far parola degli atti o sentenze in vigor delle quali la ridnzione siasi operata; ed è indispensabile che nuove iscrizioni sien prese in forza di atti o sentenze colle quali la riduzione siasi rivocata, affinchè i terzi non sien vittime per aver conosciuta la riduzione, ed ignorata la rivoca. Il pubblico dee conoscere tutto ciò per via di menzioni accurate da farsi a questo riguardo sul registro del conservatore delle ipoteche. Esso dee ravvicinar sul registro la rivoca della riduzione alla riduzione medesima perchè siano conosciute in una volta.

In fine si dee pure osservare che la riduzione dell'ipoteca sopra certi fondi del marito, quando vi è luogo, de' essere l'unico oggetto delle deliberazioni provocate dal marito o dalla moglie. Non può essere ordinato, nè convenuto, *che non sarà presa veruna inscrizione* dalla moglie, come si scorge dalla fine dell' art. 2140 ✳ 2034. Ciò importerebbe la distruzione de' suoi dritti, laddove la legge non cessa di vigilare per la loro conservazione, conciliando nondimeno i suoi interessi con le facilitazioni ch' è giusto di accordarsi al marito, il che à luogo anche pel tutore rispetto ai minori.

(Osservazione importante della riduzione di un' ipoteca legale accordata da una moglie di età minore).

269. Intorno alla riduzione dell' ipoteca legale si è elevata un' importante controversia. Trattasi di conoscere se una moglie di età minore possa acconsentire ad una riduzione dell' ipoteca legale

della sua dote, da stabilirsi nel contratto stesso di matrimonio, quando essa è assistita dai parenti il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio. La difficoltà nasce dall'art. 2140 ✳ 2034. Esso accorda la facoltà di ridurre l'ipoteca sopra certi fondi a *contraenti di età maggiore*, donde si cava la conseguenza, per l'argomento *a contrario* che questa libertà vien negata alle mogli di età minore.

Si è creduto poter vincere questa obbiezione dicendo che la nullità sarebbe certa se la riduzione fosse fatta da una minore soltanto: ma non è la cosa medesima quando la donna di età minore viene assistita da parenti della qualità di quelli de' quali ò già parlato. Fondavasi questa distinzione sul disposto dagli articoli 1309, e 1398 ✳ 1263 e 1352. Col primo articolo si dice: » Il minore non può restituirsi in intero contra le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando sono state fatte coll' approvazione e l' assistenza di coloro, il consenso de' quali è necessario per render valido il matrimonio. » Col secondo si dice: » Il minore capace a contrar matrimonio è pure capace a prestare il consenso per tutte le convenzioni delle quali è suscettivo questo contratto: e le convenzioni e donazioni che abbia fatte, sono valide purchè nel contratto sia stato assistito dalle persone il cui consenso è necessario per render valido il matrimonio. » Ora, dicevasi, combinando questi articoli coll' art. 2140 ✳ 2034, la donna di età minore assistita dai parenti che sono enunziati nei due primi articoli, deve assimilarsi alla donna di età maggiore per ciò che riguarda la capacità. E nell' art. 2140 ✳ 2034 e negli altri due articoli trattasi *di convenzioni fatte in un contratto di matrimonio*. Ma con qualche attenzione

si riman convinto che quest' ultima opinione non può sostenersi.

In primo luogo bisogna riflettere alla differenza dei titoli o *rubriche* sotto le quali questi tre articoli son messi. Giusta i titoli relativi ai due primi, non doveva trattarsi che di convenzioni in generale, come le donazioni, le sopravvivenze, ed altre convenzioni solite ad usarsi tra persone che si maritano; ma che possono essere eccessive, e che sebbene permesse, malgrado il loro eccesso tra maggiori, non dovessero essere autorizzate tra minori, senza la condizione prescritta dal legislatore, in questo caso particolare. Laddove l'art. 2140 ✳ 2034 è messo sotto un titolo che si propone oggetti di una natura tutta diversa da quelli che fan la materia dei titoli nei quali trovansi gli articoli 1309, e 1398 ✳ 1263 e 1352. Ora, è regola costante in fatto d' interpretazione, che gli articoli di legge i quali regolano casi particolari, debbono essere letteramente eseguiti per ciascuno dei casi ai quali si applicano, e che la regola la quale riguada limitativamente un caso, non può etendersi come una regola generale. L' una riguarda il genere, l' altra la specie.

In secondo luogo, consultandosi la discussione ch' ebbe luogo nel Consiglio di stato sull' art. 2140, non si può dubitare che la intenzione formale del legislatore non sia stata di accordare la facoltà della riduzione che alla moglie di età maggiore; che per questa ragione si sono inseriti nell' art. 2140 ✳ 2034 le parole *i contraenti di età maggiore*, e che non vi si son ricordate le disposizioni degli articoli 1309, e 1398 ✳ 1263, e 1352, per dare la stessa facoltà alle donne di età minore se mai si trovassero nelle circostanze indicate da questo articolo. Dimodocchè la lettera e lo spirito della legge concorrono a stabilire la riduzione di cui

parla l' art. 2140 ✳ 2034, a favor della moglie di età maggiore. La Corte reale di Parigi aveva da prima considerata la riduzione dell' ipoteca fatta da una moglie di età minore, nel suo contratto di matrimonio ov' ella era assistita dai suoi parenti come capace dello stesso effetto di quella fatta da una donna di età maggiore: questo è quel che leggesi in una decisione del 10 agosto 1816 *Denevers anno 1817, pag. 73.* Ma essa si à procurato il merito di appigliarsi alla opinione contraria, come scorgesi da una sua decisione del 22 aprile 1818. Quest' ultima decisione è stata confermata dalla Corte di cassazione il dì 9 luglio 1820. *Denevers lo stesso anno, pag. 485.* Per brevità non ne riferirò i motivi, la cui solidità per altro è tale che dee credersi che ormai la controversia non sia per presentare più dubbj (1).

Nondimeno, bisogna osservare che la discussione la quale à preceduta la decisione fa conoscere che si pretendeva sostenere non esser nulla la riduzione dell' ipoteca sol perchè fatta da una donna di età minore nel maritarsi, ma doversi dichiarar nulla nel caso in cui i fondi pe' quali si è convenuta la riduzione fossero insufficienti per far fronte ai dritti della moglie. Si volea con ciò dire che i minori non dovrebbero essere restituiti in intero contra le loro obbligazioni, se non nel caso che queste obbligazioni fossero ad essi nocive; e ch' essi non potevan chiedere la riparazione di un danno fatto ad essi. Ecco lo spirito di una decisione della Corte reale di Parigi, del 22 aprile 1818: » Attesocchè, in essa dicesi, se nel contratto di matrimonio di

(1) M. Loporte, continuatore di Denevers, e che a' conservato il suo antico nome da un motivo che concorre efficacemente con quelli della decisione.

una minore assistita dai suoi parenti, è permesso di convenire che la sua ipoteca legale sarà ridotta sopra certi determinati fondi, la ragione e la giustizia, di unita alla legge, vogliono che questi beni siano *sufficienti per la conservazione dei dritti della moglie*, senza che la sua ipoteca potesse divenire illussoria. » Ma la redazione della decisione della Corte di cassazione è concepita in un senso, che non ammette questa distinzione. La Corte di cassazione à opinato che l' art. 2140 à limitato, in un modo assoluto, alla donna di età *maggiore* la facoltà di ridurre l' ipoteca legale. Ben si vede ancora ch' è difficile di dar qualche effetto ad un consenso ch' essendo nullo in se, dee considerarsi come non esistente.

(La riduzione sopra certi fondi del marito può aver luogo per le ipoteche legali antiche.)

270. Si è disputato per sapere se le ipoteche legali risultanti da matrimonj contratti anteriormente al Codice civile, possan ridursi colle formalità stabilite da questo Codice medesimo.

Il sig. Chabot (de l' Allien) *Quest. trans.* alla parola *Hypothèque*, § 1. à creduto doversi decidere per la negativa: ma l' affermativa sembra di essere senza difficoltà, ed in ciò non vi è effetto retroattivo. È vero che le ipoteche generali antiche, puramente convenzionali, che derivano da contratti anteriori al Codice civile, giusta la generalità dell' ipoteca che aveva luogo nell' antica legislazione, non potrebbero esser ridotte, ad onta del creditore, poichè questo sarebbe un voler dare effetto retroattivo al Codice civile. È vero anche che circa le ipoteche giudiziali antiche à dovuto essere lo stesso e per le stesse ragioni. La sentenza à fatto acquistare al creditore il medesimo dritto della con-

venzione. È questo pure quello ch' io ò osservato trattando di ciascuna ipoteca. Il sig. Chabot lo ha detto egli pure. Ma a me pare che non vi sia analogia tra questi due casi e quello dell'ipoteche legali antiche. L' art. 2135 ✳ 2021 del Codice à rese partecipi tutte le donne maritate, al tempo della sua promulgazione, dei vantaggi annessi alla legalità della loro ipoteca. La sospensione che aveva potuto operarsi, durante la legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799) è sparita. Alle donne maritate non si sono preferiti altri che i creditori i quali, nel sistema di questa legge, avessero presa inscrizione sopra i beni del marito, mentre le mogli non l' avevan presa. Il Codice civile à dunque stabilita una specie di omogeneità tra tutte le ipoteche legali antiche e quelle che dovevano aver luogo dopo del Codice. La facoltà della riduzione à dovuta esser comune alle ipoteche legali delle donne maritate anticamente, ed a quelle che si fossero maritate di poi, come pure à dovuto essere applicato a tutte il principio della legalità.

Quello però che sembra decisivo si è, che quando trattasi di antiche ipoteche generali convenzionali, o di antiche ipoteche giudiziali, il creditore che non vuol ridurle richiama la esecuzione d' un' antica convenzione che non potrebbe esser violata senza vizio di retroattività. Ma la riduzione dell' ipoteca legale antica si presenta sotto un altro aspetto: Siffatta riduzione, giusta l' art. 2144 ✳ 2038, non potrebbe operarsi che col consenso della moglie, e dietro il parere di quattro de' suoi più prossimi parenti. Ora, non si può presumere che una riduzione, operata in simili circostanze, nuoccia alla moglie. Dicasi lo stesso delle tutele, per le quali dovrà osservarsi l' art. 2143 ✳ 2037 se ve ne fossero ch' esistessero effettivamente, quantunque anteriori alla promulgazione del Codice civile.

(Osservazioni sopra un inconveniente che credesi che derivi dal modo di purgar le ipoteche legali della moglie.)

271. Si è da taluno osservato che il modo di purgar l'ipoteca legale di una moglie ch'è sotto la podestà del marito produce un inconveniente. Nell'art. 2195 ✳ 2096 si dice che se sieno fatte inscrizioni per parte ed in nome delle mogli, minori ed interdetti; e se esistano creditori anteriori i quali assorbiscano il prezzo in tutto o in parte, il compratore è liberato dalle ipoteche per quel prezzo, o per quella porzione del prezzo che à pagato ai creditori collocati in grado utile; e le iscrizioni fatte in nome delle mogli dei minori, o degl' interdetti, saranno cancellate, o in tutto, o sino alla debita concorrenza. Nel medesimo articolo si soggiunge che se le inscrizioni prese in nome delle mogli, dei minori e degl' interdetti, sieno le più antiche, il compratore non potrà fare alcun pagamento del prezzo *in pregiudizio delle dette iscrizioni*, le quali avranno sempre, siccome fu detto antecedentemente, la data del contratto di matrimonio, o dell'assunta amministrazione del tutore; ed in tal caso saranno cancellate le inscrizioni degli altri creditori, che non si trovano in grado utile. Ora, dicesi, quando per lo stato delle cose il compratore non può fare verun pagamento delle somme che spettano alla moglie, in pregiudizio delle inscrizioni, che cosa si farà di queste somme? Se rimangono oziose tra le mani dell' acquirente, o se le versa, come ne ha il dritto, la moglie ovvero il marito sperimenterebbero la perdita degl' interessi spettanti alla moglie.

Ma siffatto inconveniente non è poi così grave come s' imagina, e la pratica non lo fa rimarcare in un modo sensibile.

Digitized by Google

Da un lato è nello scopo di ogni sistema ipotecario che tutte le specie d' ipoteche, possan purgarsi, distaccarsi dai fondi e convertirsi in azioni sul prezzo di questi fondi medesimi. Ora ciò essendo è indispensabile che il dritto ipotecario delle mogli, quello dei minori, e degl'interdetti cessi e che gli venga sostituita l' azione sul prezzo. Le disposizioni di questo art. 2195 ✳ 2096 presentano, senza contrasto maggiori vantaggi alle mogli di quel che ne presentassero o la legge di *brumaire* che sottoponeva indistintamente tutte le ipoteche alla formalità della inscrizione, o l' editto del 1771 che stabiliva la purgazione delle ipoteche delle mogli, dei minori ed interdetti, per la mancanza di opposizione alle lettere di ratifica, salvo il regresso contra i mariti e i tutori.

Da un altro lato se la moglie è separata di beni, il che quasi sempre accade, quando si apre una graduazione sul prezzo dei fondi del marito il quale fa supporre essere i suoi interessi in disordine, allora ella è investita della facoltà di prendere ciò che le spetta pe' suoi dritti dotali, diversi dalle sue convenzioni matrimoniali eventuali, riguardo alle quali vi sono altre precauzioni conosciute a sufficienza. Questa facoltà di cui dico di essere investita la moglie, risulta dall' art. 1449 ✳ 1413 del Codice civile, il quale vuole che la moglie separata, sia di beni e di persona, sia di beni solamente, ne reassuma la libera ammininistrazione, e possa *disporre de' suoi beni mobili ed alienarli*. S' ella non è separata di beni, non avrà dritto di riscuotere i denari dotali. Questo dritto, per regola generale, apparterrebbe al marito, il quale, non essendovi separazione di beni, dee godere dei frutti della dote.

Nondimeno io non intendo dire che la moglie possa sempre e necessariamente riscuotere le som-

me dotali, anche quando fosse separata di beni; il rinvestimento di queste somme può sempre esser provocato per assicurarne la conservazione, malgrado la moglie, specialmente se vi sono dei figli. L'art. 1449 ✳ 1413 non è tanto assoluto che non possa far richiedere un tale rinvestimento. Anche il marito può avervi un interesse, e quindi averne il dritto. Ciò risulterebbe dai pesi imposti alla moglie separata di beni dall'art. 1448 ✳ 1412. Questi pesi rimarrebbero senza una garentia se la moglie potesse dissipar la sua dote. L'impiego utile delle somme dotali può sempre attirar l'attenzione dei parenti della moglie, la vigilanza del ministero pubblico, e la saggezza dei magistrati. Ho fatta altrove questa osservazione. Anche da ciò risulta che il compratore non dee in verun caso, sia verso il marito, sia verso la moglie sborzare l'ammontar delle somme dotali per le quali questa sarebbe collocata, vi sia o no una separazione di beni. Se il facesse sarebbe risponsabile delle conseguenze del pagamento. Egli dee stare per questo a ciò che decidono i tribunali.

Si dirà forse che l'impiego delle somme dotali si ritarda, o che s'esso non può aver luogo, la moglie ed il marito possono esser privati degl'interessi delle somme dotali? Ma da prima la misura del deposito non produrrebbe, presso a poco, l'effetto di rendere affatto oziose queste somme, stante l'interesse che produrrebbero: in seguito è sempre da credersi che in questo caso o per un impiego prossimo o altrimenti i tribunali avran cura di alleviare questo inconveniente.

Lo stesso inconveniente potrebbe anche aver luogo per le somme che appartener debbono ai minori ed agl'interdetti come creditori del tutore. Ma qui vi sono minori difficoltà, poichè vi è un tu-

tor surrogato che veglia sempre alla conservazione degl' interessi del minore o dell' interdetto.

Vi sono altre quistioni ch' è indispensabile di esaminare, relative al modo di purgar l' ipoteche legali. Ecco quel che ò fatto anch' io, specialmente nella sez. IV, cap. 1. della seconda parte, ove trattasi di molte difficoltà relative alle intimazioni da farsi dagli acquirenti, il cui oggetto si è di provocare, o le inscrizioni, o gl' incanti per parte di coloro cui le ipoteche legali appartengono. Ho trattata ogni cosa al suo luogo, secondo che mi è sembrato più metodico e più proprio ad evitare le ripetizioni.

SEZIONE II.

Dell' ipoteca legale de' minori e degl' interdetti sopra i beni de' loro tutori.

(Origine e favore di questa ipoteca.)

272. L' ipoteca legale o tacita dei minori sopra i beni dei loro tutori, trae la sua origine da molte leggi del Digesto. La legge unica, *Cod. de rei ux. act.* la ricorda in modo da dare ad intendere, che sull' esempio di questa ipoteca legale Giustiniano introdusse quella di simile natura in favor delle mogli. *Et ut plenius dotibus subveniatur: quemadmodum in administratione pupillarium rerum et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus; ita et in actione hujusmodi, ec.* La stessa ipoteca legale in favor dei minori ritrovasi anche nella legge 20, *Cod. de adm. tut.* Essa è stata sempre ammessa in Francia. Essa è sembrata tanto favorevole che à sempre avuto luogo, come per la dote, e per le somme dovute per *pareggiamento di quote ereditarie*,

nel Belgio, chiamato paese di *nantissement*, come pure nelle Costumanze di Francia che ne avevan seguiti gli usi, malgrado il vivo attaccamento degli abitanti di questi paesi al sistema della pubblicità delle ipoteche. Questo è quello che ci fan sapere Dumoulin, sull' art. 67 della Consuetudine di Amiens, e Mornac, sulla legge 26, ff. *de pign. act.* Nondimeno, ossservasi qualche differenza in certi luoghi dei Paesi Bassi, e dell' Olanda, presso gli autori alemanni, e specialmente nelle Istituzioni del dritto belgico di Ghewiet, *part. 1. tit. 2., §. 31, art. 10, e seguenti:* inguisacchè non è da sorprendere se queste tre eccezioni sieno state ammesse nella nostra legislazione. Ho fatta intorno a ciò un' osservazione nel discorso preliminare.

Gl' interdetti àn pur sempre goduto in Francia l' ipoteca legale sopra tutt' i beni de' loro tutori e curatori contabili. Se ne rinviene l' origine nella *legge 19. ff. de reb. auct. jud. pos.*

Nella nostra nuova legislazione questa ipoteca legale è stabilita a pro dei minori e degl' interdetti, dagli articoli 2121 e 2135 ✳ 2007 e 2021 del Codice civile. Ivi dicesi, *dal dì dell' accettazione della tutela.* Riferisco queste parole per provare ciò che in molte circostanze mi è occorso di dire, che, in generale cioè, l' ipoteca legale tira la sua origine dalla qualità di amministratore e ch' essa comincia con questa qualità. Ben si scorge ancora che questa ipoteca legale gravita sopra tutt' i beni presenti e futuri. Ogn' ipoteca legale è di sua natura generale.

(La sola tutela deferita dalla legge è produttiva d' ipoteca legale.)

273. Ma non deve mai perdersi di vista che la legge la quale stabilisce il numero de' casi in cui vi è ipoteca legale non può estendersi, e può

darsi come massima che l'ipoteca legale è annessa alla tutela giudizialmente deferita ad una persona in qualità di tutore. Si ravvisa che se fosse diversamente, la legalità dell'ipoteca, ch'è un oggetto importantissimo, cadrebbe nell'arbitrario, e che i creditori e gli acquirenti sarebbero di continuo vittime d'un semplice fatto di godimento o di amministrazione, la cui esistenza al pari del titolo sarebbe sconosciuto. Si ravvisa benanche la differenza che vi è tra un simile fatto, ed una vera tutela deferita dall'autorità pubblica. Può dirsi infine che un semplice fatto di amministrazione privata, agli occhi della legge e della società, non à mai il carattere della tutela. Colui che possiede o che gode i beni che possono non esser suoi, non è un tutore, tanto maggiormente che la tutela va allogata tra le funzioni pubbliche o sociali. Il tutore è dato principalmente alla persona, e l'amministrazione dei beni n'è soltanto una conseguenza.

Laonde nell'antica legislazione vi erano i *protutori*. Era un titolo riconosciuto ed imponeva delle obbligazioni a chi n'era investito. Non può di ciò dubitarsi, dopo le disposizioni dell'art. 1.° del tit. 29 dell'ordinanza del 1667. Quest'articolo impone la necessità di render conto ai tutori, *protutori*, curatori ed altri che avranno amministrati i beni altrui. Questa somiglianza de' *protutori* coi tutori derivava dalla legge 1. *ff. de eo qui prot. etc: protutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis: sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen esse.* Ma fuor di proposito molti antichi dottori, l'opinione dei quali è riferita da Negunzanzio, *de hypothecis, 1.° memb.*, 2. *parte*, avevan ricavato da questa legge, dalla *leg. 19. ff. de reb. auc. jud.*, e da qualche altra legge, la conseguenza che l'ipoteca legale

doveva aver luogo nel caso della semplice protutela come in quello della tutela. Nulla di più vero di ciò che à detto Lacombe, alla parola *Hypothèque*, *sect. 5*, *in proem.*, vale a dire che l'ipoteca tacita stabilita dal dritto non à luogo in Francia se non ne' casi in cui è autorizzata dalla giurisprudenza. Avrebbe dovuto dire benanche, e forse più a proposito, dalle Consuetudini e dalle leggi francesi. Ve n'è una ragione decisiva, che questo autore però non indica, e si è, che le ipoteche legali hanno il lor fondamento, come tutte le altre nel dritto civile, ed in Francia non si è potuto mai considerare il dritto romano come il dritto civile de' francesi. Si è sempre osservato come dritto scritto.

Nell'articolo dell'ordinanza del 1667 da me già citato, dicevasi che « i tutori e *protutori*, saran sempre *riputati contabili* ancorchè il conto sia chiuso ed approvato, fino a che essi non abbian pagato il reliquato, se è dovuto, e consegnati tutt'i documenti giustificativi. » Ma da queste espressioni risultava soltanto che il *protutore* era soggetto alle medesime azioni del tutore per ciò che concerne la reddizione del conto. Quindi l'arresto personale poteva aver luogo, secondo i casi determinati dalla legge, pel pagamento del residuo, contra il tutore, il *protutore* ed ogni altro amministratore; quindi non poteva dirsi veramente liberato il *protutore*, al pari del tutore, dopo il pagamento della somma residuale se non quando questa somma residuale fosse stata fissata sopra un conto reso ed appurato col mezzo di documenti giustificativi, *visis tabulis*, *et dispunctis rationibus*.

Ma vi era molta distanza fra questa e l'ipoteca legale. Essa non sarebbe stata neppure ammessa contra un erede di età maggiore che si fosse impossessato della succesione, a favore de' suoi fratelli e sorelle minori. Essa non sarebbe nè anche

stata ammessa contra uno de' figli, proprietario in forza di una istituzione o donazione, che accorda ai fratelli e sorelle di lui la sola leggittima. Egli allora è proprietario per un titolo particolare, e non per l' unica qualità di tutore o *protutore*. Fra coeredi non vi è azione che quella di azione di conferimento, e di prelazione. Laonde l'ipoteca legale è stata sempre niegata in questo caso dalla giurisprudenza, e dal parere dei buoni autori francesi. Auroux de Pomiers, sull'art. 296 della Consuetudine del Borbonese ove tratta delle obbligazioni degli esecutori testamentarj, dice che, reso il conto, l' esecutore testamentario è tenuto di dare agli eredi gli effetti rimasti; ed egli per siffatto reliquato, può essere astretto coll'arresto personale, giacchè è simile ad un deposito; e soggiunge: « Senza che gli eredi abbiano pel pagamento e restituzione *un' ipoteca tacita sopra i suoi beni*, mentre non vi è alcuna legge che stabilisca questa ipoteca, la carica di esecutor testamentario *non essendo pubblica come quella del tutore, o curatore contabile la quale si deferisce per pubblica autorità.* » Questo autore, la cui sola opinione sarebbe bastata per istabilir questo principio, si appoggia benanche al sentimento di Ferriere, *Instit. cout., liv. 3. tit. 6 de testam. art. 105*: ed a quello di Bacquet, *Du droit de batardise chap. 7, num°. 11.* Ho creduto dovere sviluppare questi principj, perchè sono importanti e sussistono nella nuova come sussistevano nell'antica legislazione.

Non è dunque meraviglia se la Corte di Cassazione, con decisione degli 11 novembre 1811, *Denevers 1812, pag. 139*, abbia giudicato che i beni proprj di un coerede che indebitamente si è impossessato della eredità non sono tacitamente ipotecati pel solo fatto di questo possesso, in favor degli altri coeredi e per sicurezza del ricupero dei

loro dritti. Io mi contenterò di riferir tre motivi che sono essenzialissimi perchè determinano l' idea su quello ch' è o non è ipoteca legale. Essi meritano di essere meditati sebbene la decisione sia stata resa per una causa che doveva essere regolata dalla legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799). « 1.° Attesocchè l' art. 3 della legge degli 11 *brumaire* anno 7 (1. novembre 1799) determinando i diversi modi coi quali si acquista l' ipoteca, non riconosca che le ipoteche convenzionali, le legali, e le giudiziali. 2.° Attesocchè l' art. 21 della stessa legge qualifica i diversi fatti ai quali è annesso il privilegio dell' ipoteca legale, e non l' attribuisce che alla nazione contra gli amministratori contabili delle pubbliche rendite a motivo della loro amministrazione, ai minori agl' interdetti ed agli assenti sopra i beni dei loro tutori, curatori ed amministratori, anche a motivo delle loro convenzioni e dritti matrimoniali eventuali. 3.° Attesocchè accordando la stessa ipoteca legale e tacita ai coeredi di colui che si è immischiato nell' amministrazione di una eredità comune, la Corte di appello di Colmar à esteso questo privilegio ad un caso non previsto dalla detta legge, con che à creata una disposizione legislativa che non esiste ec... » Questi motivi sono sempre i medesimi con una sola modificazione, e si è, che questa decisione annovera tra le ipoteche legali anche quella a pro dell' assente. Ora siffatta ipoteca legale ch' era stata ammessa dalla legge di *brumaire*, è sparita sotto l' impero del Codice Civile. O già fatta questa osservazione al cominciar della sezione precedente num. 224.

Nella causa che diede luogo a questa decisione, fra gli eredi che reclamavano l' ipoteca legale vi eran delle donne maritate e dei minori, e di ciò si formava un mezzo per attribuire al dritto di ripetizione di questi eredi il carattere dell' ipoteca

legale. Ma è chiaro che questo mezzo era senza fondamento. Le donne maritate ed i minori non hanno ipoteca legale se non nei casi previsti dalla legge, e solo sopra i beni delle persone alle quali questa ipoteca è espressamente applicata. Tranne questi casi, i loro crediti son soggetti al dritto comune.

(Non vi è ipoteca legale contra i tutori surrogati e contra i curatori.)

274. Dagli esposti principj si desume la conseguenza che nella nostra attuale legislazione non vi è ipoteca legale sopra i beni de' tutori surrogati, anche nel caso in cui avessero essi avuta per accidente l' amministrazione di alcuni dei beni appartenenti ai minori. Ciò accadrebbe nel caso di una domanda diretta dal tutore contro al suo minore, nella persona del tutor surrogato, per la divisione di una eredità o beni pervenuti al tutore ed al minore, per cui il tutor surrogato avrebbe dovuto, durante il giudizio, amministrare alcuni beni del minore e percepirne le rendite. Vi sarebbe un altro esempio di siffatta gestione se si agisse contro al tutore perchè fosse rimosso dalla tutela come sospetto, e se nell' intervallo dalla domanda alla rimozione, ovvero da questa alla nomina del nuovo tutore, il magistrato avesse affidato al tutore surrogato l' amministrazione di alcuni beni del minore. Bisogna ben astenersi dal moltiplicare le ipoteche legali contra il voto della legge. Non se ne può dubitare dopo il cangiamento di redazione che soffrì l' art. 2135 * 2021 del Codice civile allorchè fù discusso. Da prima si era fatta cader l' ipoteca legale su i fondi del tutor surrogato pel caso in cui, giusta le leggi, divien risponsabile. Sulle osservazioni del tribunato, che furono adottate, questa ipoteca disparve. Per brevità rinvio ai motivi di questa sop-

pressione che leggonsi nelle *Conferences du Code civil. tom. 7 pag. 177.*

Dicasi lo stesso di ogni sorta di curatore, ed anche di quelli ad una eredità giacente, di cui avrebbe amministrati i beni, salva l'azione per la reddizione del conto, e non vi sarebbe contro di lui che un' ipoteca giudiziale in virtù della sentenza di condanna, ch' ei subirebbe, in seguito dell' esercizio di questa azione.

(Caso della *protutela* quando vi sono dei beni nelle colonie.)

275. Ma non potrebbe dirsi lo stesso riguardo al *protutore* nominato nel caso che il minore avesse beni nelle colonie, in conseguenza dell' art. 417 * 338 del Codice civile. In questo caso trattasi di una vera tutela sotto al nome di protutela. Il titolo di *protutore* corrisponde a quello di *tutore*. Nè certo può ciò rivocarsi in dubbio dicendosi in quell' articolo « in tal caso il tutore ed il protutore saranno indipendenti, e non obbligati l' uno verso l' altro per la loro rispettiva amministrazione.» Vi sono due amministrazioni: esse son tenute l' una e l' altra sotto al titolo di tutore o di protutore. Il conto da ambedue dev' esser reso direttamente al minore. Il legislatore non poteva usar la espressione di *contutore* essendo le amministrazioni separate e l' una dall' altra indipendente. Avendo egli detto *protutore* per l' uno, e tutore per l' altro, lo ha detto perchè colui che à ricevuto il nome di *tutore* è un tutore principale nominato alla persona ed ai beni la cui amministrazione gli è particolarmente deferita. Ma il *protutore* è un vero tutore per ciò che lo riguarda, e non si comprende come i suoi beni non debbano esser sottoposti all' ipoteca legale a contare dal dì dell' accettazione della protutela. Chi dice in questo caso *protutore*, dice virtual-

mente *tutore*. Non si può paragonare un simile protutore a quello che suole ordinariamente indicarsi sotto questa denominazione, il quale può trovarsi a portata di essere nominato tutore, o che anche senza di ciò, amministra i beni delli minori, di sua autorità, e senza che quella del magistrato gli abbia conferito il titolo e la qualità di *tutore*.

(Del tutore in una sostituzione).

276. Nondimeno vi è un caso in cui la parola di *tutore* non produce ipoteca legale. Intendo parlare del tutore nominato per una sostituzione, giusta gli articoli 1055, e 1056 ✳ 1011 e 1012 del Codice civile. Nel corso di una lunga redazione di articoli di legge era difficile che la parola di tutore non fosse usata con differenti accezioni, e sotto il rapporto di diverse funzioni alle quali non potevano attribuirsi le obbligazioni medesime. Il tutore in una sostituzione, giusta tutte le disposizioni degli articoli che vi si riferiscono, non è altro che una persona incaricata di vigilare perchè la sostituzione sia eseguita: esso non contrae che una risponsabilità personale. Ecco quello che dicesi letteralmente nell' art. 1073 ✳ 1029 del Codice, il che esclude ogn' idea d' ipoteca legale.

(Il figlio minore à egli un' ipoteca legale contro al padre che amministra i di lui beni durante il matrimonio?)

277. Per effetto del principio che non si può ammettere altra ipoteca legale tranne quelle alle quali la legge attribuisce questo carattere, altrimenti se ne creerebbero a proprio talento, il che sarebbe una violazione di legge ed un abuso di potere, potrebbe dirsi che il figlio minore il quale à beni personali amministrati dal padre, non deve avere ipoteca legale sopra i beni di questo per la

semplice amministrazione tenutane durante il matrimonio. Siffatta quistione merita di essere discussa.

Nell' art. 389 ✳ 312 del Codice si dice: « Il padre, *durante il matrimonio*, è l' amministratore dei beni e proprietà de' suoi figli minori. » osserviamo che qui non trattasi di una *tutela* ma di una semplice *amministrazione* accordata al padre, *durante il suo matrimonio*. Nell' art. 390 (a) si parla della tutela deferita al padre, ed ecco un nuovo ordine di cose, al quale possono applicarsi regole differenti. « Sciolto il matrimonio, ivi dicesi, per la morte naturale o civile di uno degli sposi, la tutela dei figli minori e non emancipati spetta di dritto alla madre, o al padre superstite ». Quindi *durante il matrimonio* vi è solo amministrazione; e sciolto il matrimonio vi è *tutela*. Quello che caratterizza essenzialmente la *tutela* è la obbligazione di doversi anche procedere alla nomina di un tutor surrogato. Ciò risulta dall'art. 421 ✳ 343. « Quando le funzioni di tutore saranno devolute ad una persona che abbia alcuna delle qualità espresse nelle sezioni 1. 2. e 3. del presente capitolo (che parlano del padre, della madre, e degli altri ascendenti), questo tutore prima di entrare in funzione dovrà far convocare un consiglio di famiglia composto nelle forme prescritte nella sezione 4. acciocchè passi alla nomina di un *tutor surrogato*. » Non essendovi dunque tutor surrogato, se non nel caso della *tutela*, non dev' esservene nel caso di una semplice *amministrazione* enunziata nell' art. 389 ✳ 312, e se in questo caso non vi è tutto surrogato, può dirsi che non vi sia nè *tutela* nè qualità di *tutore* impressa nel padre, nè, per con-

(a) Questo articolo trovasi soppresso nelle nostre Leggi civili.

seguenza ipoteca legale sopra i suoi beni, poichè questa ipoteca non è accordata, giusta gli art. 2121 e 1235 ✳ 2007 e 2021, ai minori ed agl' inderdetti che sopra i beni dei loro *tutori*. Solamente allorchè il padre è nominato *tutore*, dopo sciolto il matrimonio, vi è riguardo a lui un' ipoteca legale: questa ipoteca non può coesistere che colla qualità di *tutore*: essa non può unirsi al titolo di *amministratore*.

Potrebbe anche soggiugnersi ch' essendo vero, il figlio minore godere di un' ipoteca legale nel caso in controversia, per ripetere dal padre le somme capitali da lui riscosse, ne risulterebbe una impossibilità, riguardo agli acquirenti dal padre di poter purgare questa ipoteca; che una tale purgazione d' ipoteca, giusta gli articoli 2194 2195 ✳ 2094, e 2096 del Codice civile, e l' avviso del consiglio di stato del 1. giugno 1807, è annessa alla intimazione in essi annunziata, da farsi al *tutor surrogato*. Questa intimazione essendo impossibile nel caso in esame, converrebbe ammettere una specie particolare d' ipoteca incapace di essere purgata; il che, sotto questo rapporto, renderebbe impotente una legislazione il cui unico scopo si è di ottenere non solo con sicurezza delle ipoteche: ma benanche di staccarle dai fondi che vi sono soggetti, col mezzo legale della purgazione e di convertirle in azione sul prezzo. Ora, potrebbe sempre dirsi, una siffatta idea non potrebbe essere ammisibile.

Malgrado la forza di queste obbiezioni ch' io ò fatte a me medesimo, almeno in gran parte, affin di entrare più particolarmente nell' esame della controversia, non posso dissimulare di essere rimasto scosso dai motivi della decisione della Corte reale di Tolosa, del 23 dicembre 1818, *Denevers anno 1819, pag. 29, sup.* Questa decisione à ammessa l' ipoteca legale in favor di un figlio minore, sopra i beni

di suo padre, per una somma di 3,000 fr. donati a questo figlio da un parente, vivente la madre, e che fu riscossa dal padre. Questa Corte non à sconosciuta la differenza che passa tra la semplice *amministrazione* e la *tutela*: ma ella à creduto, per ragioni morali esposte nella decisione, che ben si doveva paragonare un caso coll' altro, e che si doveva presumere che in questi due casi il legislatore avesse voluto dar le stesse garentie agl' interessi del figlio minore.

In quanto ai mezzi ricavati dalla circostanza di non esservi tutor surrogato, e che la purgazione delle ipoteche, nell' interesse del compratore diveniva allora impossibile, può stare che questo mezzo sul quale la decisione non contiene risposta, sia più specioso che solido. L' avviso del consiglio di stato del 1. giugno 1807, il quale contiene la vera interpretazione degli articoli 2194 e 2195 ✳ 2094, e 2096 del Codice civile, e che d' altronde ne regola la esecuzione, suppone che il tutor surrogato non sia conosciuto dal compratore, ed allora esso dichiara che la intimazione prescritta sia regolare quantunque fatta solamente al procurator regio. Ora di là può desumersi la conseguenza che quando non può esservi un tutor surrogato, come avviene nel caso in controversia, la intimazione fatta al procurator regio è sufficiente. In breve, può dirsi, vi è nel caso particolare una vera *tutela* sotto al nome di *amministrazione* accordata al padre per effetto della patria potestà. Una simile tutela esiste per la restituzione dei capitali e delle rendite dei beni donati al figlio, a condizione che il padre non ne abbia l' usufrutto. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

(Decisione che risolve la quistione trattata nel numero precedente.) (a)

278. Dopo di aver così trattata la controversia, e quest'opera essendo già sotto al torchio, il continuatore di Denevers à fatta conoscere una decisione della Corte di cassazione, del 23 dicembre 1821, ch' è della maggiore importanza. Siffatta decisione à giudicata la quistione in massima, se i minori cioè hanno un' ipoteca legale sopra i beni del loro padre, durante il matrimonio, per la sicurezza dell' amministrazione dei loro beni personali. La Corte si è decisa per la negativa giudicando la quistione diversamente da quel che lo era stata dalla decisione della Corte reale di Tolosa del 23 dicembre 1816, citata nel numero precedente, e di cui aveva io quasi adottata la decisione, facendo però conoscere tutt'i dubbj che insorgevano. Ho creduto di dover lasciar sussistere il mio lavoro tanto più ch' io aveva detto il pro ed il contra della quistione.

La decisione della Corte di cassazione essendo stata resa in seguito di una deliberazione nella camera del consiglio dopo tutte le controversie elevate circa il modo d' intendere la legge, e dopo una discussione vivissima, che trovasi nella raccolta, deefissar le idee e dileguare ogn' incertezza. Laonde la decisione del 21 febbrajo 1821 di cui parlerò nel numero seguente, riguardandosi come una eccezione alla regola stabilita nel numero 277 e propria a confermar questa regola, rimarrà co-

(a) Questa decisione nell' originale è segnata dal numero 279. Si è creduto, per amor di metodo, il fare un prima poi.

me se avesse giudicato in massima la sola quistione che allora si presentava, senza che possa aver veruna influenza sulla decisione della Corte di cassazione, del 23 dicembre 1821, relativamente all' oggetto in disputa.

Per brevità non riferirò nè i fatti che dieder luogo alla decisione del 23 dicembre 1821; nè la discussione che l'ha preparata. Posson riscontrarsi nella Raccolta. Io mi limiterò a riferire i motivi della decisione, che possono d' altronde servire a far conoscere i fatti ed i mezzi vicendevolmente opposti. « Attesocchè il creare un' ipoteca indipendente da qualsivoglia inscrizione, è una misura speciale che non può estendersi al di là dei casi pe' quali questa specie d' ipoteca è stata stabilita; — Che giusta gli articoli 2[illegible], e 2135 ✱ 2007 e 2021 del Codice civile, è sopra i beni dei loro tutori, dal giorno dell' accettazione della tutela, che i minori hanno un' ipoteca indipendente da qualsivoglia inscrizione; — Che il padre il quale a norma dell' art. 389 ✱ 312 del Codice civile medesimo, è, durante il matrimonio, l' amministratore dei beni personali de' suoi figli minori, e non già il tutore di [illegible] — Che l'art. 390 prescrive la tutela non aver luogo se non dopo dello scioglimento del matrimonio, e che allora spetta di dritto al padre o madre superstite; — Che l' art. 389 (a) vuole che il padre debba render conto della proprietà e rendite dei beni di cui non ha l' usufrutto, e della sola proprietà de' beni di cui la legge gli accorda l' usufrutto: ma che il padre non essendo tutore la legge non ha voluto che

(a) La seconda parte dell'art. 389, non è stata conservata nelle nostre leggi civili.

l' azion personale, la quale deriva da questa amministrazione contro del padre amministratore, e che certamente per la sua fiducia nel carattere di padre l' è sembrata sufficiente, producesse l' ipoteca legale che non ha luogo se non sopra i beni del tutore; — Che del resto la legge, creando le ipoteche legali ha nel tempo stesso stabiliti i mezzi di purgarle, e che per questo effetto à prescritta in ogni tutela la nomina di un tutor surrogato, cui dee farsi la intimazione ordinata dall' art. 2194 ✳ 2094; — Che quando il padre è l' amministratore, non vi è tutor surrogato, il che sempreppiù prova che la legge non à voluto che l' ipoteca legale si estendesse sopra i beni del padre amministratore; — Donde siegue che decidendo i figli minori non avere ipoteca legale su i beni del loro padre che, durante il matrimonio, è l' amministratore de' loro beni personali, la Corte reale di Douai, lungi dal violar gli art. 2121 e 2135 ✳ 2007 e 2021 del Codice civile, si è invece conformata alle loro disposizioni; — Per questi motivi, rigetta. »

(Caso in cui una moglie emancipata pel matrimonio, rimanga vedova prima dei quindici anni, ed in cui suo padre dal dì della di lei vedovanza abbia l' usufrutto di tutt' i di lei beni.)

279. Dopo di essermi spiegato sopra questa controversia come sopra si è visto nel numero 277, è venuta a mia conoscenza una decisione profferita dalla Corte di cassazione, del 21 febbrajo 1821. *Denevers, anno 1821, pag. 177; Sirey id. pag. 188.* Essa è relativa alla stessa materia. Essa parrebbe contraria alla soluzione già data, e conforme alla decisione della Corte reale di Tolosa: ma è chiaro che la specie e le circostanze sono affatto diverse. Questa diversità doveva produrre un

cambiamento di opinione, poich' essa presentava il caso di una eccezione; e risulta dalla decisione la conferma della opinione stabilita nel num. 277. La controversia sulla quale la decisione della Corte di cassazione è stata emanata, è nuova ed importante.

Una giovanetta erasi maritata in età di quattordici anni, essendo sotto la patria potestà, e dopo di aver ottenuta la dispensa dal governo, indispensabile per la di lei età, ella rimase vedova dell' età di quattordici anni e due mesi; e ritornò in casa di suo padre. Questo, nei capitoli matrimoniali aveva costituito in dote a sua figlia 10,000 fr. pagabili tra sei mesi. Il pagamento non ebbe luogo. Dopo la vedovanza di sua figlia egli si ritenne questa somma, e riscosse anzi altre quantità ch' ella ebbe dalla eredità di suo marito. Gli affari del padre si disordinarono. Vi fu separazione di beni per parte della moglie, vendita dei suoi fondi, ed apertura di graduazione sul prezzo.

La figlia ch' era passata a seconde nozze, reclamò unitamente al secondo marito, pei 10,000 fr. dovutile, l' ipoteca legale che la legge accorda ai minori sopra i beni dei loro tutori. Ella pretendea che, tornata appena presso di suo padre dopo morto il suo primo marito, ella era stata per fatto e per dritto rimessa nella patria potestà, e nello stato di tutela, non avendo ancora l' età per essere emancipata. La madre che aveva interesse ad impugnar la legalità di questa ipoteca, vi si oppose energicamente.

Io non riferirò tutt' i mezzi che àn fatto l' oggetto di una discussione vivissima, riferita con precisione e con esattezza da Denevers. Mi limiterò a dire che il tribunal civile di Valenza aveva opinato che la figlia (signora Duvernet) essendo stata emancipata pel matrimonio, non aveva potuto ri-

cadere sotto la patria potestà, nè acquistare un' ipoteca legale sopra i beni del padre. Ma la Corte reale di Grenoble annullò questa sentenza. I motivi principali della decisione furono che la signora Duvernet, maritata in prime nozze col sig. Aymard, aveva soli quattordici anni e due mesi, allorchè restò vedova, e tornò nella casa paterna: che se nell'art. 476 ✳ 399 del Codice civile si dice che il minore è *ipso jure* emancipato col matrimonio, risulta dall' art. 477 ✳ 400 che il minore non potrà essere emancipato che compiuta l' età di quindici anni; che l' art. 485 ✳ 408 dispone di potersi togliere al minore il beneficio della emancipazione, e l' art. 486 ✳ 409 che nel caso di rivocata emancipazione il minore rientrerà sotto tutela. Da questo confronto della emancipazione per matrimonio colla emancipazione fatta dal padre, dalla madre, o dal consiglio di famiglia, la Corte di Grenoble cavò la conseguenza che la signora Duvernet, fin dacchè rimase vedova divenne veracemente minore, rispetto al padre, come ogni altro figlio impubere che fosse stato sotto tutela fino alla sua emancipazione.

La Corte di Grenoble si fondò sul motivo che giusta alcuni testi del dritto romano, l' impubere emancipato rimanea sotto la tutela legittima o legale di suo padre. Questo motivo avrebbe aperto l' adito alla quistione se per avventura il Codice civile non contenesse de' principj opposti. Gli altri motivi che trovansi nella decisione riduconsi a semplici considerazioni. Bisogna nondimeno eccettuarne uno ch' io debbo far osservare. Esso consistea nel dire che secondo le leggi romane colui che amministra come tutore, è soggetto ai medesimi pesi ed obbligazioni del tutore legittimo o legale, quando anche nol fosse stato. Da tutti questi motivi la Corte reale di Grenoble desunse la

conchiusione, che dopo l' amministrazione tenuta dal padre dei beni della signora Duvernet, questa aver doveva sopra i beni di esso un' ipoteca legale indipendentemente da qualsivoglia inscrizione per la somma di 10,000 fr. ch' era la dote promessa e non pagata dal padre, e di cui aveva goduto come amministratore, vale a dire, come tutore.

Questa decisione fu cassata. Trascrivere la decisione della Corte di cassazione è presentar brevemente e sostanzialmente i veri principj sulla materia. « Considerando che a termini dell' art. 476 ✳ 399 de Codice civile il minore è *ipso jure* emancipato col matrimonio; che questo articolo, il solo che parli della emancipazione per via del matrimonio, la conferisce *senza condizione*; *termine o riserva*, e quindi in un *modo assoluto ed irrevocabile*; che perciò essa si acquista dal minore che si marita sia che abbia l' età stabilita dalla legge per formar questo legame, *sia che*, *essendo più giovane*, *lo contragga col permesso del governo*, e che si acquista da lui non solo durante tutto il tempo del matrimonio, ma anche dopo lo scioglimento del medesimo, quantunque sia tuttavia minore; dal che siegue che col giudicar che la signora de Serre (moglie Duvernet) aveva cessato di essere emancipata divenendo vedova, e che ella era allora rientrata *ipso jure* sotto la tutela del padre, la decisione impugnata à violato l' art. 476 ✳ 399 del Codice civile; -- Considerando che gli art. 477, 485, e 486 ✳ 400 408, e 409, citati dalla decisione onde stabilire che l' emancipazione non può essere accordata prima dei quindici anni, e forse in certi casi rivocata, non sono applicabili alla causa, *poichè essi parlano dell' emancipazione deferita dal padre dalla madre*, *o dal consiglio di famiglia* e non di quella operata *ipso jure* col matrimonio. »

Ma un ultimo motivo della decisione richiama particolarmente l' attenzione. Esso risponde al motivo della Corte reale di Grenoble col quale sussidiariamente dicevasi che quello il quale aveva amministrato come tutore i beni del minore, sebbene non fosse stato realmente nominato tutore, era nondimeno soggetto a tutt' i pesi ed obbligazioni del tutore legittimo o legale. Giusta questo motivo la Corte reale di Grenoble stabiliva come principio che l' ipoteca legale colpiva quello che altre volte era chiamato *protutore* per essersi immischiato nell' amministrazione dei beni del minore, come lo stesso tutore nominato giudizialmente. Ecco come la Corte di cassazione si spiega a questo riguardo: « Considerando che se de Serre padre à amministrata le proprietà di sua figlia, è certamenta risponsabile della sua amministrazione: ma non si può concluderne che i suoi beni rimangono gravati, in pregiudizio de' suoi creditori, d' una *ipoteca legale che la legge accorda solo ai minori legalmente costituiti sotto tutela.* » Questa ultima dispositiva conferma quello da me detto a questo riguardo nel numero 273, prima che io avessi avuta conoscenza della nuova decisione della Corte di cassazione. Ben si vede il grave inconveniente che vi sarebbe stato introducendo delle ipoteche legali diverse da quelle ammesse dalla legge.

(Dell' ipoteca legale dei minori nel caso che la loro madre passi a seconde nozze.)

280. Quando la madre tutrice passa a seconde nozze insorge la controversia importantissima sul caso in cui vi siano o no delle ipoteche legali, specialmente riguardo al secondo marito. Per dare delle giuste decisioni, bisogna principalmente pe-

ritrarsi delle disposizioni degli articoli 395 e 396 ✳ 317 e 318 del Codice civile.

Giusta l'art. 384 del Codice civile (a) la madre sopravvivente avrà l'usufrutto dei beni del figlio sino a che costui non giunga all'età di anni diciotto, o sino alla emancipazione che potesse aver luogo prima di questa età. Giusta l'art. 386 ✳ 300 questo usufrutto cesserà per la madre che passasse a seconde nozze. Ma sebben la madre abbia avuto questo usufrutto, ella non à potuto esser nominata tutrice, poichè la tutela è principalmente data alla persona; che come tutrice ella è tenuta a fare inventario dei beni del marito; e che infine vi han potuto essere delle donazioni ai figli colla condizione che la madre non godesse dell'usufrutto dei beni donati.

Nel caso di un secondo matrimonio, dicesi nell'art. 395 ✳ 317 che prima del matrimonio la madre dee convocare il Consiglio di famiglia, il quale deciderà se la tutela debba esserle conservata; che in mancanza di questa convocazione, essa perderà *ipso jure* la tutela; ed il suo nuovo marito sarà solidalmente risponsabile di tutte le conseguenze della tutela ch'essa avrà *indebitamente conservata*. L'art. 396 ✳ 318 prescrive che quando il Consiglio di famiglia legalmente convocato conserverà la tutela alla madre, e non vi sia un contutore destinato dal padre, se le darà necessariamente per contutore il secondo marito il quale diverrà solidalmente risponsabile, unitamente alla moglie, dell'amministrazione posteriore al matrimonio.

(a) Nelle nostre LL. CC. questo articolo è stato riformato. Alla madre superstite non viene accordata che la metà dell'usufrutto accordato al padre, art. 298.

Per ben cogliere il senso di questi due articoli convien da prima determinare le obbligazioni che formansi contro al secondo marito, a norma dei casi indicati, e le ipoteche legali che possono risultarne.

Se la madre si trova nelle circostanze previste dall' art. 395*317 la disposizione di questo articolo che le fa perdere *ipso jure* la tutela, non può dar luogo a veruna difficoltà. Ma su qual principio è stabilita la risponsabilità solidale colla madre, che la legge pronunzia allora contro al secondo marito? Ecco quel che richiede qualche attenzione. Fa d' uopo comprendere in questa responsabilità il risultamento della tutela tenuta dalla madre prima del matrimonio, come pure il risultamento dell' amministrazione dopo del matrimonio? Io son di avviso doversi decidere ch' è responsabile così dell' amministrazione anteriore come di quella posteriore al matrimonio.

Dopo della discussione ch' ebbe luogo nel tribunato sulla redazione di questo art. 395*317, e le cui osservazioni furono dirette al Consiglio di stato, non può più dubitarsene (1). L' art. 395 * 317 era stato così redatto quando fu comunicato al tribunato: « In mancanza di questa convocazione, ella, (la madre) perderà la tutela, *ipso jure*, e il suo nuovo marito sarà solidamente risponsabile della *indebita amministrazione che avrà avuto luogo dopo il nuovo matrimonio.* » Il tribunato osservò che da siffatta redazione potrebbe dedursene che il secondo marito sarebbe solamente risponsabile della indebita amministrazione tenuta dopo il nuovo

(1) Veggasi la conferenza del Codice civile colla discussione particolare del Consiglio di Stato e del tribunato; *tom. 3, pag. 35 e seg.*

matrimonio, e ch' egli nol sarebbe *in mancanza di amministrazione;* mentre dovea essere nello spirito della legge che il secondo marito fosse risponsabile così dell' una come dell' altra. Il tribunato quindi propose di dirsi: « Il suo nuovo marito sarà solidalmente tenuto unitamente alla moglie dopo il nuovo matrimonio. » Questa osservazione comunque sia stata considerata nel Consiglio di stato, cagionò una nuova redazione dell' art. 395*317, totalmente diversa da quella che da prima erasi comunicata al tribunato. Vi si disse: « Ed il suo nuovo marito sarà solidalmente risponsabile di *tutte le conseguenze della tutela ch' essa avrà indebitamente conservata.* » Da queste ultime espressioni non può risultarne altro se non che il marito sia stato dichiarato solidalmente risponsabile, e dell' amministrazione anteriore e di quella posteriore al nuovo matrimonio. Con questa parole, *tutte le conseguenze della tutela*, devesi intendere qualunque risultato che risale all' epoca in cui à cominciata. Può fondarsi questo ragionamento sulla differenza che si osserva tra queste espressioni e quelle dell' art. 396*316 « *diverrà solidalmente risponsabile, unitamente alla moglie dell' amministrazione posteriore al matrimonio.* » Vi è quì una limitazione a ciò che siegue il matrimonio, ch' è impossibile di rinvenire nei termini dell' art. 395*317. D' altronde questa risponsabilità solidale tanto per l' amministrazione antecedente quanto per la susseguente, è stata una pena giustamente inflitta al nuovo marito a motivo della sua negligenza nel non aver fatto fare inventario: essa è stata una conseguenza della presunzione che il marito s'impossessi fraudolentemente di tutt' i beni della moglie, ed anche di quelli che àn potuti derivare dalla proprietà dei figli minori: ed egli doveva esserne risponsabile essendo tutto questo o di proprietà dei figli, o pegno della loro sicurezza.

Ma nel caso di questo medesimo art. 395*317 vi è un' ipoteca legale sopra i beni del marito, per la risponsabilità solidale che vi è contra di lui pronunziata? Ben si scorge che questa ipoteca esiste sopra i beni della moglie, dopo le seconde nozze, come vi esisteva prima. E da prima è detto nell' articolo che la madre *perde la tutela*, *ipso jure*, ma questa perdita è quella del titolo di onore di tutrice, e della fiducia annessavi. Ella non può agir nei tribunali in qualità di tutrice, ma riman sempre in testa della madre una *tutela*, poichè è detto nello stesso articolo che il nuovo marito sarà solidalmente risponsabile di tutte le conseguenze della tutela *indebitamente conservata*. La tutela per essere *indebitamente conservata* non è meno una tutela, e non può concepirsi che una tutela la quale si continua o si *conserva* cessi di avere il carattere dell' ipoteca legale colla quale è cominciata.

Ma in ordine al marito, la difficoltà è più grave. Potrebbe dirsi che la responsabilità solidale pronunziata contro di lui non à il carattere di una vera tutela, e non porta seco la legalità dell' ipoteca. Potrebbe a questo proposito ricordarsi il principio stabilito nei numeri 273, e 279, che non bisogna riconoscere altre ipoteche legali tranne quelle stabilite dalla legge; non potendosene crear delle altre. Nondimeno io son di parere che tanto dallo spirito che dalla lettera dell' art. 395*317 risulta, che i beni del marito debbano essere soggetti ad una ipoteca legale a favor dei figli del primo marito, a contar dal dì del secondo matrimonio per tutto ciò ch' entrerà nella reddizione del conto della tutela sia pel tempo anteriore che per quello posteriore al secondo matrimonio. Il nuovo marito non à potuto essere dichiarato *solidalmente* risponsabile di *tutte le conseguenze della tutela* quantunque

indebitamente conservata, senza che la legge abbia inteso di applicargli le stesse obbligazioni ch' esistevano già contra la moglie, e col medesimo carattere. La legge non à applicato espressamente al marito novello la qualità di contutore, poichè trattavasi di una tutela *indebitamente conservata*: era il caso di un genere particolare di tutela. Ma vi è sempre una *tutela* cui il marito è associato col titolo di *risponsabile solidale*. Senza questa ipoteca legale i figli minori potrebbero perdere tutt' i capitali mobili e l' ammontar delle loro rendite. Questa perdita si opererebbe facilmente per mezzo delle obbligazioni che il marito contrar potrebbe, e spesso fraudolentemente, coi terzi. Il matrimonio del debitore con una vedova, l' esistenza dei figli del primo letto, l' usufrutto de' loro beni per parte di questo debitore, sono altrettanti avvisi che devono impegnare i terzi ad informarsi se vi è stata o no una nuova tutela. In Francia si è sempre avuto per massima: *chi sposa la vedova, sposa la tutela.*

D' altronde non sarebbe contradittorio che nel caso dell' art. 395 ✱ 317, il marito dovendo imputare a se stesso di non aver fatto nominare un tutore, non vi fosse ipoteca legale sopra i suoi beni, per l' amministrazione posteriore al matrimonio, laddove nel caso dell' art. 396 ✱ 318 questa ipoteca legale esisterebbe per questa gestione, sebbene il marito prima del suo matrimonio avesse adempito al voto della legge. Vi si dice in fatti che il nuovo marito, divenuto *contutore* diverrà solidalmente risponsabile, unitamente alla moglie, dell' *amministrazione posteriore al matrimonio*. In fine la leg. 2.° *Cod. quand. muli. tut. off.*, e la legge 6 *Cod. in quib. caus. pig.* ammettevano nel caso in disputa l' ipoteca legale sopra i beni del secondo marito. Ecco quel che Dionigi Gotefredo spiega be-

nissimo nelle sue note a questa legge. Non vi è ragione per adottare attualmente un' altra decisione. L' esistenza di questa ipoteca legale ch' è nello spirito della nostra legislazione, è fondata su i principj di giustizia e di equità.

Si sa che convien dire una parola per determinare il risultato dell' art. 396 ✳ 318. Questo risultato riducesi a termini semplicissimi. L' ipoteca legale che è cominciata con la tutela sopra i beni della moglie, si continua su questi medesimi beni dopo del nuovo matrimonio: ciò è chiaro. In quanto ai beni del marito, l' ipoteca legale sopra i suoi beni personali comincia a decorrere solo dal dì del suo matrimonio, ma con questa gran differenza ch' essa non ha luogo solidalmente con quella della moglie, se non per amministrazione posteriore al matrimonio; mentrecchè, nel caso dell' articolo 395 ✳ 317, l' ipoteca legale, sempre colla stessa solidalità, ha luogo su i beni del suo nuovo marito a contar del matrimonio, non solo per l' amministrazione posteriore, ma anche per quella anteriore al matrimonio che à riguardato personalmente la moglie.

Devo osservare che l' art. 396 ✳ 318 sembra che riguardi un secondo marito: ma è manifesto che se la moglie passa a terze od a quarte nozze, come vi sono deglj esempj, la disposizione di questo articolo si applicherebbe a questi nuovi mariti, vale a dire, che ciascun di essi sarebbe tenuto solo dell' amministrazione posteriore al suo matrimonio: è questa sola amministrazione che formerebbe l' oggetto delle contutele. I nuovi mariti non sarebbero risponsabili nè dell' amministrazione dei precedenti, nè dell' amministrazione che avrebbe avuto luogo durante la vedovanza che avrebbe preceduto ciascun matrimonio. Questa risponsabilità era ciò nulla ostante altre volte am-

messa, a norma della giurisprudenza di qualche tribunale: essa era insegnata da molti autori; ma ciò non potrebbe risultare dalle leggi attuali, e non bisogna allontanarsi da esse, trattandosi specialmente di disposizione penale. Non rimarrebbe che il modo di esercitar delle azioni che militano a pro dei creditori delle mogli contra i loro mariti. Il principale è il dritto di chiedere che questi indichino i beni delle loro mogli, o diversamente che sieno condannati personalmentte

(La tutela ufficiosa in fatto di adozione dà luogo all' ipoteca legale ?)

281. Può domandarsi se l' ipoteca legale debba aver luogo su i beni di colui che, in fatto di adozione, diviene tutore officioso, nel caso in cui la tutela officiosa non fosse seguita dall' adozione. Io credo che si debba stare per l' affermativa (a).

Nell' art. 363 si dice: Questa tutela non à luogo se non in favore di figli che àn meno di quindici anni. Essa porta seco, senza pregiudizio di ogni particolare convenzione, l' obbligo di alimentare il *pupillo*, di educarlo, e di metterlo nel caso di procacciarsi la sussistenza. » Nell' art. 365 si dice: « Se il pupillo à qualche fondo, e se anteriormente era sotto tutela, l' amministrazione de' suoi beni, e *quella della sua persona* passerà al tutore ufficioso, che ciò non per tanto non potrà imputare le spese di educazione *sulle rendite del pupillo*. » Finalmente l' art. 370 dice: « Il tutore ufficioso che avesse

(a) Nelle nostre LL. CC. tutte le disposizioni relative alla tutela ufficiosa contenute nell' abolito Codice civile, sono state soppresse, per motivi troppo evidenti da non esser qui ripetuti. Tutto quel che dicesi quindi dal nostro autore non ha luogo fra noi.

avuta l' amministrazione di qualche proprietà del *pupillo*, dovrà in tutt' i casi *renderne conto*. » È impossibile di non vedere in questi articoli tutt' i caratteri di una vera tutela. Nel resto della nostra legislazione si vede ch' essa è deferita coll' autorità del giudice. Le circostanze e lo scopo della tutela ufficiosa importano delle indicazioni particolari; ma le obbligazioni e risposabilità comuni a tutt' i tutori rimangono. Nondimeno si vede che non vi sarebbe ipoteca legale per le indennità dovute a motivo del rifiuto di adottare, giusta l' art. 569.

(Per quali cose il minore ha la ipoteca legale. Di ciò ch' è dovuto dal tutore al minore).

282. Il minore al pari dell' interdetto, à l' ipoteca legale su i beni del suo tutore, per l' amministrazione, e per quello ch' entrar può nel reliquato del conto, relativamente à debiti dovuti dal tutore. Una decisione, del 12 marzo 1811, *Denevers lo stesso anno*, *pag.* 228, à così giudicato per una somma di cui un padre si era conosciuto debitore verso i suoi figli minori, durante la tutela, per parte ad essi spettata nella comunione che aveva esistita tra lui e la loro madre. Dovrebbe dirsi lo stesso per una somma dovuta dal tutore ai suoi minori, prima della tutela. Se la somma fosse stata dovuta da tutt' altro che dal tutore ne sarebbe stato risponsabile, e colla garentia dell' ipoteca legale. Ora, essendo egli stesso debitore, non potendo agire contra se medesimo, ritenendosi la somma e non potendo farlo se non perchè tutore, e in questa qualità, dev' esser messo nella stessa circostanza di colui che avesse ricevuta la somma da un terzo debitore per conto del minore.

È certo che un creditore del tutore il cui credito fosse anteriore all' ipoteca legale dei minori, debba

essere a questi preferito. Ma perchè questa preferenza abbia luogo bisognerebbe che questo creditore avesse presa la sua iscrizione prima dell' epoca dell' ipoteca legale. Mentre se non vi fosse stata presa inscrizione prima, l' ipoteca legale dei minori avrebbe l' anteriorità, anche quando non si fosse presa inscrizione in nome dei minori sotto l' impero della legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), la quale prescriveva la inscrizione per le ipoteche legali. Onde i minori non potessero in questo reclamar l' anteriorità dell' ipoteca sarebbe necessario che il creditore del tutore avesse presa egli medesimo una iscrizione sopra i suoi beni sotto l' impero della stessa legge.

(Non vi è ipoteca legale pel minore divenuto maggiore o morto prima del Codice civile.)

283. L' ipoteca legale esente dalla inscrizione à dovuto rivivere, giusta l' art. 2135 ✳ 2021 del Codice civile, in favor di quello ch' era minore all' epoca della promulgazione del Codice civile, e à dovuto risalire fino alla tutela. Ma egli è certo egualmente che questa ipoteca non ha esistita in favor di colui che all'epoca del Codice civile era giunto alla sua maggiore-età. Da quel momento egli è stato sottoposto alla formalità della inscrizione per la conservazione del suo credito contra l'antico tutore. Ecco quello che è stato giudicato anche nel caso in cui il conto non fosse stato ancora reso, circostanza della quale se ne formò un motivo, per una decisione della Corte di cassazione, del 14 febbrajo 1816, Denevers, *lo stesso anno pag. 244.*

La necessità della inscrizione era stata stabilita dalla legge di *brumaire anno 7* (novembre 1799), contro i minori. Il Codice civile à fatta rivivere l' ipoteca legale senza inscrizione: ma ciò è stato,

dicesi nella decisione, in favor di coloro che nel momento della pubblicazione del Codice erano ancora minori, e che non erano stati colpiti dalle disposizioni della legge di *brumaire* che gli astringeva a prendere inscrizione per la conservazione delle loro ipoteche. I medesimi principj sono stati seguiti da una decisione della Corte reale di Colmar, del 22 marzo 1816. Denevers, *anno 1817, pag. 34 sup.*. Dal che è risultato che il favore della legalità, colla esenzione dalla inscrizione, è risalito fino alla data della nascita dell' ipoteca.

È per lo stesso motivo che altre decisioni hanno giudicato la necessità della inscrizione stabilita dalla legge di *brumaire*, riguardo alle donne maritate, non essere stata abolita dal Codice civile se non in favor delle donne maritate al tempo della promulgazione di questo Codice. Io mi sono su di ciò spiegato trattando delle ipoteche legali delle mogli. Si vede che quel che da me si è detto deve aver luogo, e per gli stessi motivi, nel caso di morte del minore prima della promulgazione del Codice civile. Il favore accordato dall' art. 2135 ✳ 2021 ha riguardato quelli ch'eran minori all'epoca della promulgazione della legge: essa è stata straniera ai loro eredi.

(Dell'ipoteca in Francia, per tutele deferite in paese straniero.)

284. Le tutele non possono esser capaci se non di un'ipoteca legale, poichè le obbligazioni che ne risultano non possono essere l'effetto di una convenzione, nè di una condanna giudiziale. Questa condanna non potrebbe aver luogo che per la reddizione del conto, e pel pagamento del reliquato. Vi è quindi stata necessaria, per la sicurezza dei minori, un' ipoteca legale che risalisse al principio dell' amministrazione, cioè a

dire, all'accettazione della tutela. Ma se una tutela è deferita fuori della Francia, coll'autorità di una magistratura straniera, allora insorge la quistione se questa tutela à potuto far cadere sopra gl'immobili del tutore situati sul territorio francese, un'ipoteca legale. Questa controversia trovasi agitata nel *Repert. de jurisp.* alla parola *Hypotheque sect. 1. §. 5, num. 11.*, come anche il caso del matrimonio contratto in paese straniero, *num. 12.* Vi si leggono delle discussioni a norma degli antichi principj: esse avevano preparate diverse decisioni: ma queste decisioni medesime presentavano delle difficoltà; le decisioni sembravano incerte. Ciò deriva dall'essersi forse creduto che gli atti di cui trattavasi non erano stati fatti in paesi che potessero riguardarsi precisamente come stranieri alla Francia, o che almeno l'ipoteca poteva essere reclamata sopra immobili situati in Francia in seguito di trattati o di leggi politiche tra nazione e nazione.

A me pare che la quistione possa decidersi in un modo molto semplice con una distinzione da me già fatta parlando dell'ipoteca legale di una moglie il cui contratto di matrimonio fosse stato stipulato in paese straniero. Se si trattasse di un minore non solamente domiciliato in un paese straniero, ma che fosse realmente straniero, vale a dire, che non avesse la qualità di francese, allora sarebbe indubitato che se il tutore nominato avesse degl'immobili situati in Francia, e quando anche fosse francese, la tutela non produrrebbe veruna ipoteca legale sopra i suoi immobili. La ragione è che tutte le ipoteche, anche le legali, son fondate sul dritto civile. Ora questo dritto non essendo stabilito che in favor dei cittadini di ciascuna nazione, quelli che sono di un paese straniero

a questa nazione non possono partecipare a questo dritto.

Se al contrario il minore fosse un cittadino francese, che si trovasse attualmente fuori di Francia, e che, per circostanze, la tutela fosse stata deferita in paese straniero, allora l'ipoteca legale avrebbe luogo in favor del minore sugl' immobili situati in Francia appartenenti al tutore nominato e ch' era cittadino francese. La legge applica le ipoteche legali a casi determinati. L' ipoteca legale in fatto di tutela è applicata al fatto stesso della tutela. Ora questo fatto esiste sia che la nomina del tutore siasi fatta in paese straniero sia che le forme e le condizioni della tutela relativa a ciascun paese, per la sua validità sieno state osservate. Ciò non è necessario per l' ipoteca, poichè è la legge che la conferisce, ma conviene che il fatto della tutela divenga autentico, e le sole forme producano questa autenticità. L' autenticità è una cosa, un'altra cosa è l' ipoteca. Vi è anche di più, e si è, che quando il tutore nominato al minore, fuori di Francia, fosse straniero e proprietario di beni immobili, situati in Francia, il minore cittadino francese avrebbe un' ipoteca legale su quest' immobili. L' ipoteca legale è un favore accordato al minore, sol ch' esso sia francese, e che goda i dritti civili in Francia, perchè possa reclamar gli effetti di questi dritti accordati ad ogni francese.

Nondimeno, in questi due casi, vale a dire, o che il tutore sia francese, o che sia straniero e possessore di beni in Francia, purchè il minore sia francese, sarebbe convenevole che una spedizione in forma legale della nomina del tutore venisse depositata a premura del tutor surrogato, alla cancelleria della giustizia di pace ove la tutela fu deferita, se il minore fosse stato in Francia, giusta la determinazione del suo domicilio risultante dalla legge. Sarebbe anche a pro-

posito che questo deposito fosse ordinato dal tribunale di questo domicilio. Io ò già osservato, pel caso di un matrimonio contratto in paese straniero, tra un marito francese ed una moglie dimorante in paese straniero, che doveva ritornare in Francia con suo marito, e che potrebbe reclamar l'effetto dell' ipoteca legale pe' suoi diritti dotali e matrimoniali, esser prudenza che una spedizione dell'atto contenente le convenzioni matrimoniali fosse depositato presso un notajo del luogo del domicilio del marito. Non potrebbe darsi troppa pubblicità anche alle ipoteche legali, nell' interesse dei terzi. Ma quel che produrrebbe un effetto più certo e più diretto sarebbe quello delle inscrizioni prese dal tutor surrogato sopra i beni del tutore, o straniero o francese, situati in Francia. Qui cade in acconcio lo stesso motivo di prudenza che, nel caso di un matrimonio contratto in paese estero, fa desiderar delle iscrizioni su i beni del marito situati in Francia. Esse dovrebbero esser prese o dalla moglie o dallo stesso marito.

(Riduzione delle ipoteche legali dei minori ed interdetti. Formalità delle iscrizioni che vi sono relative.)

285. In quanto alle riduzioni che posson farsi per le ipoteche legali dei minori e degl' interdetti, ed alle formalità delle inscrizioni da prendersi sopra i beni de' tutori, io debbo, per non ripetermi, rimandare a quel che già ò detto. In quanto alle formalità delle inscrizioni io mi sono spiegato nel § II della sezione 2. cap. 1.° num.° 84, e, circa il modo della riduzione, nel § precedente trattando dell'ipoteca legale delle mogli numeri, 267 e 270.

DISSERTAZIONE

DELLE IPOTECHE LEGALI DEI MINORI E DEGL' INTERDETTI.

Dopo lo sviluppo dato ad alcuni principj, relativi alle ipoteche legali delle mogli e delle vedove, nell' antecedente dissertazione, in questa sarò brevissimo trattando delle ipoteche legali dei minori e degl' interdetti.

Mi limiterò ad alcune osservazioni soltanto.

I. Io mi lusingo che da quanto io dissi nell' antecedente dissertazione sia rimasto dimostratò, la esenzione dalla incrizione non costituir la legalità dell' ipoteca. Ora nuovamente meditando su quest' oggetto mi è sembrato di scorgere nelle legge medesima un argomento decisivo in favor del mio assunto. Eccolo.

La legge, art. 2002, enumerando le ipoteche, ne distingue tre, *la legale*, *la giudiziale*, *e la convenzionale.*

Discende quindi, art. 2007, a far conoscere a quali dritti e crediti l' ipoteca legale è attribuita, e parla delle donne maritate, dei minori ed interdetti, dello stato comuni e stabilimenti pubblici.

Ciò posto, se la esenzione dalla inscrizione entrasse a formare il carattere della legalità dell' ipoteca, e se fosse un dritto reale inerente ai crediti, come si è opinato, essa dovrebbe militare tanto per le mogli minori ed interdetti, quanto per lo stato comuni e stabilimenti pubblici.

Ma la legge, art. 2021, à dichiarato che la

ipoteca legale esiste indipendente da qualunque inerizione a benefizio delle mogli, dei minori e degl' interdetti.

Dunque, o convien dire che l' ipoteca dello stato, comuni e stabilimenti pubblici non sia *legale*, o che la esenzione dalla inscrizione non fa parte della legalità.

Ma che l' ipoteca dello stato comuni e stabilimenti pubblici sia *legale* è una disposizion testuale dell' art. 2007. Dunque è di evidenza che la esenzione dalla inerizione non costituisce la legalità dell' ipoteca e ch' essa fu un benefizio meramente personale accordato alle mogli ai minori ed interdetti, in considerazione del loro stato ed incapacità.

II. Coll' art. 2032 delle nostre leggi civili si parla delle mogli divenute vedove, e coll' art. 2033 dei minori divenuti maggiori. Si è già vista l' applicazione da farsi di quell' art. 2032 per le donne vedovate vigente l' abolito Codice civile. Ora dovrebbe parlarsi dell' applicazione da farsi dell' art. 2033 nel caso di minori già divenuti maggiori sotto l' impero del Codice medesimo.

Siccome identici sono i casi, così indentica esser deve la risoluzione. Io credo adunque che i minori, ed anche gl' interdetti, per conservare le loro ipoteche legali sopra i beni de' loro tutori dovevano inscriversi, tutto almeno, nell' anno utile prescritto dall' art. 2033.

Oltre a tutte la ragioni messe da me in vista, parlando delle vedove, per la necessità della inscrizione da prendersi nel corso di un anno dalla pubblicazione delle Leggi civili, a me pare che ve ne sia anche un altra non detta allora,

I redattori del Codice, meno il sig. Treilhard, per una pietà crudele, al sistema della pubblicità delle ipoteche vi misero l' eccezioni a favor della *moglie*, de' *minori*, e degl' *interdetti*. Convinti che

queste lo rovinavano, molte ma inutili precauzioni presero affinchè siffatte ipoteche legali si fossero rese pubbliche dal marito, dal tutore, dal tutor surrogato, dal procurator regio, dai parenti della moglie, minore, od interdetto, dagli amici del minore, e fin dalla moglie, o dal minore medesimo. Il nostro Monarca persuaso che quest' eccezioni snaturavano il sistema della pubblicità e che le precauzioni prese erano infruttuose, a queste ve ne aggiunse delle altre, e più di esse efficaci. Per gli articoli 2027, 2028, 2029, e 2030 relativi alle mogli, son tenuti i notaj stipulatori de' capitoli matrimoniali a prendere tra 20 giorni da questi la inscrizione, sotto pena di destituzione e rifazione di danni ed interessi, incaricando per questo le camere notariali ad invigilare particolarmente al prescritto da tali articoli. E per l' articolo 2031, relativo al minore, il giudice di circondario ed il cancelliere non possono consegnare la spedizione di alcuna deliberazione del consiglio di famiglia se pria non si assicurino della già presa inscrizione su i beni del tutore.

Egli è certo che stante le nuove misure adottate, e sulla legale presunzione che, munite come sono di penale, non saran già trasgredite, le ipoteche legali delle mogli dei minori e degl' interdetti, nate dopo la promulgazione delle nostre leggi civili, non potranno non esser rese pubbliche.

Assicurata in questa guisa la pubblicità delle ipoteche legali, io non so come possa dirsi che gli articoli 2032, e 2033 si abbian prefissi i casi della moglie divenuta vedova e del minore divenuto maggiore dopo della pubblicazione delle LL. CC. e non già i casi delle mogli e minori divenuti vedove, o maggiori prima della pubblicazione delle stesse LL. CC.

Converrebbe credere che il Legislatore nell' atto

stesso che stabiliva le precauzioni contenute negli articoli 2021 a 2031 inclusivi, e le muniva di sanzioni penali, le conosceva poi così inefficaci, ed inutili che discendeva infine al prescritto dagli articoli 2032 e 2033.

Nè mi si vada dicendo che il caso di una collusione col notajo che non avesse che perdere, o col giudice e cancelliere che braverebbero una sospenzione, potendo sempre verificarsi malgrado le adottate precauzioni, gli articoli 2032 e 2033 erano stati posti per questo caso.

Non niego io già che un tale caso potrebbe forse accadere. Ma mi si concederà pure che esso sarà rarissimo, straordinario, difficile, e che le leggi non son fatte pe' casi rari, o straordinarj, o difficili ad accadere.

Del resto, ammettendo che gli articoli 2032, e 2033 riguardino questi casi, è chiaro che immensa è stata la cura e la sollecitudine del Legislatore nel prevederli, per render più certa e sicura la pubblicità dell' ipoteche legali.

Ma in questa ipotesi come supporre che il Legislatore abbia poi voluto lasciar sussistere esenti da inscrizione tutte le ipoteche legali verificatesi prima della pubblicazione delle LL. CC., lasciando per questa via sovvertire ed isterile il sistema della pubblicità dell' ipoteche?

Convien dunque conchiudere, o che gli articoli 2032, e 2033 si riferiscono più particolarmente alle mogli e minori divenute vedove o maggiori prima delle LL. CC., ovvero che in un modo compendioso abbracciano tanto i casi di questi, quanti di coloro vedovate, o resi maggiori dopo delle medesime LL. CC.

III. Si è visto che non erasi attenuta a questi principj la G. C. civile di Napoli e la Corte Suprema, nella causa della signora Cito rimasta ve-

dova sotto l'impero dell'abolito Codice civile. Volendo essere consentanee con loro medesime, ove si presentasse una controversia per sapersi se un minore divenuto maggiore prima delle LL. CC., o gli eredi di esso se fosse morto prima di queste debbano godere del benefizio di non iscriversi per l'ipoteca legale che loro compete, dovrebbesi decidere per la negativa, stante la perfetta identità dell'una e dell'altra specie. Ed ecco due altre classi d'individui godenti la facoltà di non iscriversi, ed ecco due altre eccezioni alla regola della pubblicità, il che non è il voto della legge.

IV. Ma che forse, dirassi, il solo principio della pubblicità non sarà soggetto ad eccezioni, mentre non vi è regola che non abbia la sua? Precisamente: perchè l'eccezione alla regola della pubblicità non produce la conferma della regola come il più delle volte, ma la distruzione, o annientamento di essa.

D'altronde quali sono le eccezioni che dal legislatore soglionsi ammettere? Quelle soltanto che non contrastano con principj di ordine pubblico. Ora l'eccezioni a favor de' minori, degl' interdetti e delle mogli sono a favor di alcune classi ed in pregiudizio di tutte le altre. Ammetterle, è dunque sacrificar l'interesse del tutto a quello della parte, il pubblico ai privati.

Fu in fatti per non incorrere in tale violazione di principj che il nostro Monarca colla prammatica relativa all'archivio, il cui preambolo si è da me altrove riferito, non fece veruna eccezione sia a favor di certi crediti privilegiati, sia a favor delle mogli, sia a favor dei minori o degl' interdetti.

V. Colle nostre LL. CC. volle arrecarsi un rimedio a siffatto inconveniente dell' abolito Codice civile. Quindi coll' art. 2031 si ordinò che il giudice del circondario competente ed il cancelliere

non potessero consegnare alcuna deliberazione di consigli di famiglia se pria non si fossero assicurati della già presa inscrizione.

Non vi è dubbio che con questo mezzo si ottiene la pubblicità dell' ipoteca legale a favor dei minori. Ma esso non la procura in tutt' i casi. La procurerà nel caso di una tutela *dativa*, ma non mai nel caso di una tutela *legittima*, *o testamentaria* quando questa è fatta con atto avanti notaj, non dovendosi in queste circostanze presentare al giudice di circondario per la nomina del tutore. È vero che dovrebbe in seguito venir quella del tutor surrogato, che dovendosi dare dal Consiglio di famiglia, uopo è che si dia presente il giudice competente; e quindi sarebbe questo il momento di aversi una incrizione a nome dei minori. Ma chi non sa quanti pochi adempiono alla formalità della elezione di un tutor surrogato? Gli eredi e i tutori vi si determinano allora soltanto quando la imperiosità delle circostanze ne reclama la nomina. In contrario si amministra senza di esso. Ed ecco i terzi nella ignoranza, e nel pericolo di perdere i loro dritti.

Ciò che più dee far temere per questa ipoteca legale del minore si è, ch' essa dipende dalla volontà del tutore, che a seconda de' suoi interessi, può accrescere o scemare a suo talento l' ammontar dell' ipoteca legale de' minori e giuocar siffattamente da far perdere ai suoi creditori ciò che va loro dovendo.

Quello che si è detto sulla non generalità della misura adottata per far che sia pubblica l' ipoteca legale in favor di un minore, va detto del pari delle misure adottate perchè sia resa pubblica la ipoteca legale per la dote. Gli obblighi ingiunti al notajo ed alle camere notariali, a quello di inscrivere l' istrumento dei capitoli, a queste d' in-

vigilare perchè la incrizione sia effettivamente presa, s' isteriliscono nel caso che non si stipulino capitoli matrimoniali. Si sa che in questo caso tutto quello che la moglie porta con se è dotale, giusta gli articoli 1346, 1353, e 1354. delle Leggi Civili. Come tale è dunque produttivo d' ipoteca legale, senza che possa il notajo prendere inscrizione. Se ogni costituzione di dote dovesse esser fatta con atto innanzi notajo, come vuol l' art. 1345 che sien fatte tutte le convenzioni matrimoniali, allora la precauzione presa dagli art. 2027, 2028, 2029, e 2030 abbraccerebbe tutt' i casi possibili, e sarebbe un poco più rassicurante.

VI. Essendosi conosciuto che l' eccezione fatta dall' abolito Codice civile in ordine alla pubblicità delle ipoteche legali dei minori e degli interdetti, è una eccezione che contrasta col ben pubblico, parrebbe potersi dire ch' egli era un mettersi dal lato del giusto accordando ai minori ed interdetti l' ipoteca legale sopra i beni dei loro tutori, senza accordar loro anche la esenzione dalla formalità della inscrizione.

Qui dirassi da taluno che senza questa esenzione il vantaggio della semplice ipoteca legale a nulla monterebbe, poichè non potrebbe conservarsi. Risponderò, primieramente che questo vantaggio è sempre una cosa ben diversa e ben superiore ad un' ipoteca convenzionale e speciale; secondariamente ch' esso in certo modo si perde a fronte de' terzi se non sia stato assicurato della iscrizione; ma a fronte del debitore esso si conserva in tutta la sua latitudine.

Del resto, quando in Francia dai redattori del Codice civile si avesse voluto avere riguardo alla condizione dei minori e degl' interdetti, avrebbesi potuto stabilire che non vi è amministrazione di beni di minori se non costi che il tutore, sia legittimo, da-

tivo, o testamentario abbia contro di se presa inscrizione per l' assunta, o conferita tutela. Stabilito questo principio n' emergerebbe la conseguenza, che non valido sarebbe ogni pagamento per fitti, per pigioni, per rendite, per canoni; o per altro, fatto al tutore. E quindi, obbligati i debitori e reddenti al doppio pagamento verso il minore, i cui dritti in questa circostanza sarebbero in salvo nel miglior modo possibile. D' altronde con questa misura sarebbe interessato il tutore a prendere la inscrizione, senza della quale non potrebbe sperar di esigere un grano per conto del minore, o dell' interdetto, e sarebbero costituiti come altrettanti invigilatori sulla inscrizione a prendersi contra il tutore, tutt' i debitori del minore per qualunque titolo e per qualunque somma e con questa misura i dritti dei terzi sarebbero in salvo.

Comprendo che malgrado ciò l' interesse de' minori non sarebbe messo totalmente in salvo. Ma rarissimo sarebbe il caso in cui siffatta precauzione rimarrebbe priva di efficacia pe' minori. D' altronde qual' è quell' opera dell' uomo che non porti l' impronta della di lui debolezza, ed il marchio della di lui limitazione? La scelta del minor de' mali finchè vive quaggiù nello stato di pellegrinaggio, è per l' uomo il primo canone della morale. La scelta del minore inconveniente, è pel legislatore la perfezione della legge cui può aspirare. Forse anche con questi soccorsi qualche minore sarà vittima della cabala, della frode, dell' avidità; ma con questi soccorsi niuno de' terzi sarà ingannato nelle sue contrattazioni, e nei terzi sarà in sicuro il pubblico intero.

SEZIONE III.

Delle ipoteche legali dello stato comuni e stabilimenti pubblici sopra i beni dei ricevitori ed amministratori contabili.

(Idee generali su questa terza specie d' ipoteca legale.)

286. L' ipoteca legale in favor dello stato, dei comuni, e degli stabilimenti pubblici sopra i beni dei ricevitori, ed amministratori contabili, trovasi stabilita nell' art. 2121 ✱ 2007. Essa forma la terza specie delle ipoteche legali propriamente dette, come l' ho di già osservato. Questa ipoteca è legale nel senso ch' è generale, cioè, ch' essa gravita sopra tutt' i beni presenti e futuri, e ch' esiste senza bisogno di stipulazione o di condanna giudiziale. Nondimeno le forme della inscrizione non sono le medesime. Ma quel che mette una gran differenza tra questa ipoteca e quella delle mogli, dei minori e degl' inderdetti si è, che queste ultime sono esenti dalla iscrizione almeno per quel che riguarda le mogli per la loro dote e convenzioni matrimoniali, laddove la terza specie di cui si tratta è soggetta alla formalità della incrizione, e non prende il suo grado che dal dì di questa iscrizione. Ciò già risultava dall' art. 2098 ✱ 1976 del Codice, ove dicesi che il tesoro pubblico non può *esercitare il suo privilegio in pregiudizio dei dritti anteriormente acquistati dai terzi.* Ma il principio della necessità della incrizione è più particolarmente consecrato nell' art. 2034 ✱ 2020. Esso non ammette altro rango per tutte le ipoteche che quello fissato dalla incrizione. L' art. 2135 ✱ 2021 stabilisce delle eccezioni a questa regola: ma queste eccezioni sono ristrette a delle

ipoteche diverse da quelle dello stato, dei comuni e degli stabilimenti pubblici; dimodocchè queste non trovansi nell' eccezioni, e rientrano nella regola generale della pubblicità delle ipoteche. Se ne leggono i motivi nella discussione del Consiglio di stato, sull' art. 2135, *Confer. del Cod. civ. tom. 7. pag. 176.* Questi sono « ch' è facile al tesoro pubblico di conservare i suoi dritti con delle iscrizioni prese dagli agenti ch' esso à su tutt' i punti della Francia: che le perdite, supponendo che ve ne siano, non potrebbero essere che lievi; che saran sempre un male meno grave di quell' odio che circonderebbe il tesoro pubblico se per mezzo di privilegj esorbitanti, e che cadono sopra tutt' i cittadini, si sottrae all' ordine comune della legislazione. » Si può aggiugnere che un così gran numero d' ipoteche legali esenti dalla iscrizione, avrebbe per dir così messo in contraddizione con se medesima una legislazione che aveva per base fondamentale la pubblicità delle ipoteche.

(Quali sono gli stabilimenti che ne godono? quali sono le persone i beni di cui ne sono gravati?)

287. Per determinare quali sono gli stabilimenti che godono di siffatta ipoteca, e quali le persone che ne sono gravate, ascoltiam quello che ne dice il signor Tarrible nel suo articolo del *Repert. de juris.* alla parola *Hypothèque sect.* 2. §. *3. art. 4.* Sarebbe difficile di spiegarsi con maggior precisione ed esattezza della sua. « Vi sono, dice egli, nell' amministrazione generale degl' impiegati che realmente maneggiano le rendite pubbliche; ve ne son degli altri che dirigono soltanto la riscossione e l' impiego di queste medesime rendite. I primi sono i soli tenuti a render conto, e soggetti all'

ipoteca legale; i secondi non sono soggetti a questo peso.

« La distinzione da noi fatta si appoggia alla vera significazione della parola *contabile*, e sulla autorità della legge. Ferrieres nel suo dizionario di dritto e di pratica disegna sotto al nome di contabile, finanziere, o amministrator di affari, quelli che maneggiano le rendite pubbliche o quelle del Re. La legge del 16 settembre 1807 relativa allo stabilimento della Corte dei conti conferma questa distinzione in un modo anche più preciso.

« L' art. 11. riguardante la competenza, dichiara che la Corte sarà incaricata di esaminare e giudicare i conti del tesoro, dei ricevitori generali delle provincie, delle regìe, e amministrazioni delle contribuzioni indirette, delle spese del tesoro, dei pagatori generali, dei pagatori delle armate delle divisioni militari, dei circondarj marittimi e delle provincie dell' amministrazione e spesa dei fondi e rendite specialmente affette alle spese de' distretti, e delle comuni il cui stato discusso è stato approvato dal capo del governo.

« L' art. 18 della stessa legge dichiara che la Corte non potrà in verun caso attribuirsi giurisdizione sugli ordinatori, nè niegare ai pagatori di ammettere dei pagamenti da essi fatti sopra ordinanze rivestite di formalità prescritte, ed accompagnate da ricevute delle parti e dai documenti che l' ordinatore avrà prescritto di doversi aggiungere.

« Il vero contabile è dunque colui che riscuotendo le rendite pubbliche, o impiegandole, realmente le maneggia, e che per ciò è soggetto alla giurisdizione del tribunale stabilito per giudicar dei conti.

« Quegli che dirige la riscossione o l' impiego chiamasi ordinatore. Egli non è contabile, e la Corte dei conti non può attribuirsi su di esso veruna giu-

risdizione. Le sue operazioni possono dar luogo ad una censura; ma questa censura, non che le prevaricazioni che la determinano, sono straniere alle forme ed alle regole di contabilità propriamente dette.

« Quando dunque la legge sommette all' ipoteca legale i beni degli esattori ed amministratori contabili, essa non intende di comprendere sotto a questa denominazione che le sole persone che maneggiano le pubbliche rendite sia riscuotendole, sia impiegandole.

« La stessa disposizione comprende ancora letteralmente quelli che amministrano le rendite dei comuni, e degli stabilimenti pubblici: ma quì la legge si arresta, e noi non dobbiamo estenderla più lungi. »

Fa sostegno alla distinzione del signor Tarrible, giusta l' art. 11. della legge del 16 settembre 1807, la disposizione dell' art. 7 della legge del 5 dello stesso mese dell' anno medesimo relativa ai dritti del tesoro pubblico sopra i beni de' contabili. Ivi è detto che ogni esattor generale di provincia, ed ogni ricevitor particolare di circondario, ogni pagator generale e di divisione, come pure i pagatori di provincia, delle poste, delle armate, saran tenuti di enunziare i loro titoli e le loro qualità nell' atto di vendita, di acquisto, di divisione di permuta e di altri atti traslativi di proprietà che essi stipuleranno, il tutto a pena di nullità, ec. Gli articoli seguenti impongono ai ricevitori del registro, ed ai conservatori l' obbligo di prendere inscrizione in nome del tesoro pubblico sopra tutt' i suoi funzionarj. Ma devo osservare, che giusta una decisione del ministro delle finanze, del 21 marzo 1809, i ricevitori del registro, non debbono, in vigor della legge del 5 settembre, richiedere inscrizione d' ipoteca sopra i beni dei percettori a vita

delle contribuzioni; vale a dire sui beni de' percettori dei comuni e villaggi. Essi debbono solamente richiederla contro di quelli di cui la legge, coll' art. 7, intende parlare sotto la denominazion generale di contabili, che sono i ricevitori generali ec.. Veggasi Sirey *anno 1809, 2.ª part., pag. 302.*

Ma vi sono altri ricevitori ed amministratori contabili, i beni dei quali sono colpiti dall' ipoteca legale, anche in virtù dell' art. 2121 ✳ 2007 del Codice. Essi sono i ricevitori, ed amministratori contabili dei comuni e dei pubblici stabilimenti. Debbono mettersi nella stessa categoria i funzionarj di cui si è ragionato, gli altri ricevitori ed amministratori contabili, i conti dei quali possono non essere discussi e verificati dalla Corte dei conti, ma sibbene da altre autorità cui sono subordinati, come sarebbero i consigli generali dei comuni, o qualsivoglia altra autorità delegata dal governo per l' appuramento e discussione de' conti. La legge non poteva segnare la linea di demarcazione tra quelli fra essi soggetti all' ipoteca legale, e quelli a questa ipoteca non soggetti. Ma le istruzioni ministeriali appianano tutte le difficoltà presso gl' impiegati del governo. È impossibile in un trattato di discendere a queste particolarità; è d' uopo riportarsi ai principj generali.

Ora, per questa parte credo di poter dire che l' ipoteca legale colpisce tutti coloro che han ricevuto dall' autorità pubblica il titolo di esattore ed amministratore delle rendite dei comuni e dei stabilimenti pubblici. Questi stabilimenti sono le case di pubblica istruzione, ed anche quelle di pubblica educazione che sono sotto la mediata, od immediata vigilanza del governo; le case di beneficenza, gli ospedali e gli ospizj. La qualità di esattore ad amministratore contabile, sommesso all' ipoteca legale, non si regola dalla qualità delle autorità incaricate di ricevere e liquidare i conti:

ma bensì dalla natura dell' amministrazione. Basta ch'essa abbia il carattere di una percezione ed amministrazione delle pubbliche rendite ch' emana dall' autorità pubblica. Le parole riunite di *esattore ed amministratore* fan supporre due cose distinte, una semplice percezione, e l' impiego fatto dalla stessa persona delle rendite che han fatto l' oggetto della percezione. Ma quando non vi fosse che il titolo di *ricevitore*, senza facoltà di amministrare, sarebbe anche questo il caso di applicar l'art. 2121 ✳ 2007 del Codice: basta che vi sia il titolo di *esattore contabile*. Tutto ciò che concerne le pubbiche rendite è sotto la vigilanza del governo. Questa vigilanza si esercita in nome del Re, astrazion fatta dai mezzi diretti o indiretti per opera dei quali esigonsi le pubbliche rendite.

(Pericoli che vi sono nell'estendere le ipoteche legali a certi amministratori e contabili.)

288. L' oggetto importante si è di non uscire dai cancelli entro i quali la legge ha circoscritte le ipoteche legali. Sarebbe un violarla in guisa da produrre gravi disordini creando delle ipoteche legali non conosciute. Quindi non vi è ipoteca legale nè riguardo agli affittatori dei comuni, degli ospizj, e degli altri pubblici stabilimenti, nè riguardo ai fornitori ed a tutti gli altri individui che contraggono delle obbligazioni verso gli esattori ed amministratori contabili. Nulla di più giusto di quel che dice anche a questo proposito il sig. Tarrible.

« Vi sono molte persone che sono realmente contabili, prendendo questa parola in un' accezion generale. Tali sono i sequestratarj, i custodi giudiziarj, gli eredi benificiati, i curatori dell' eredità giacenti, i sindaci delle fallite, ed altri amministratori di questo genere: tutti questi maneggia-

no i denari altrui e debbono dar conto della percezione e dell' impiego fattone: ma niuna legge avendo sottoposti i loro beni all' ipoteca legale verso le persone alle quali il conto dev' esser reso, queste non possono reclamarla, e debbono cercare la loro sicurezza, nei mezzi generali aperti a tutt' i creditori. »

L' ipoteca legale di cui si tratta era ammessa nell' antica legislazione. Il sig. Maleville osserva ciò con molta ragione parlando dell' art. 2121 ✳ 2007. *Analisi della discussione del Codice.* Ma essa non l' è stata mai riguardo agli affittatori. Alcune Consuetudini, come quelle di Oudenarde, art. 12, l' avevano stabilita contro di essi: ma la loro disposizione à cessato di aver forza di legge, dopo il Codice civile, e dopo la legge di *brumaire* (novembre) alle disposizioni della quale il Codice per questa parte è conforme. La quistione si era nondimeno elevata sotto l' impero della legge di *brumaire* per l' affitto di un fondo composto da diversi fondi, fatto all' incanto dall' amministrazione dell' ospizio civile di Grenoble, il 12 *vendemiare*, anno 10 (ottobre 1804). Non si era convenuta alcuna ipoteca. Questa amministrazione prese inscrizione il 4 marzo 1807, che venne impugnata in un giudizio d' ordine. Io riferirò il mezzo essenziale col quale l' amministrazione sosteneva la validità della sua iscrizione. Questo mezzo era fondato sulla ragione che il credito di cui trattavasi goder dovea il favor dell' ipoteca legale, per esser questa appoggiata al disposto dalle antiche leggi. Ma siffatta pretensione fu rigettata dalla Corte di cassazione, con decisione del giorno 3 luglio 1817, da me citata altrove, relativamente ad una quistione ch' essa decise benanche; *Denev.*, *anno 1818*, *pag. 411*. Giova ricordarne il motivo poichè esso conferma tutto quello ch' è stato già

detto nella presente sezione e nella precedente circa il pericolo che vi sarebbe nello estendere le ipoteche legali. « Attesochè questa ipoteca (legale) ha esistito contro gli *amministratori ed altri contabili*, *e non contro gli affittatori ed altri debitori di questa natura*; che la legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799), vegliante la quale gli affitti si son convenuti, mostra d' altronde, coll' art. 21, ch' essa non à riconosciuto che gli ospizj e gli altri stabilimenti pubblici avessero una simile ipoteca contra i loro debitori, *affittatori*, e che quindi l' inscrizione presa non può per questo lato avere alcun effetto. »

(I dritti del tesoro pubblico, e di quello della corona si dividono in privilegj ed in ipoteche.)

289. I dritti del tesoro pubblico si dividono in privilegj ed in ipoteche legali. Esso può avere delle ipoteche semplici da esercitare pe' suoi dritti proprj, in certi casi, come surrogato ai dritti dei creditori ordinarj, e ben si vede che a questo riguardo egli è sottoposto al dritto comune. Questa divisione in privilegj, ed ipoteche legali trovasi nella legge del 5 settembre 1807, relativa ai dritti del tesoro pubblico. Questa legge è stata dichiarata comune, come pure dagli art. 2094 e 2121 * 2007 del Codice civile, al tesoro della Corona, da un avviso del Consiglio di stato del 25 febbrajo 1808. Veggonsi ancora stabiliti privilegj particolari o vantaggio del tesoro pubblico da un' altra legge dello stesso giorno 5 settembre 1807, concernente il modo di ricuperare le spese di giudizio in materia criminale. Parrebbe ch' io dovessi qui spiegarmi sulle ipoteche legali enunziate nella prima legge e nell' avviso del Consiglio di stato: ma per la connessione che vi è tra queste ipoteche ed i pri-

vilegj, io me ne occuperò trattando di questi, nella seconda parte, cap. 1. sez. 3, §. 5.

(L'inscrizione di un ricevitor gene ale di provincia a danno d'un ricevitor distrettuale è valida sebben la cosa non fosse stata valutata nel prendersi inscrizione?)

290. Ciò non pertanto io debbo dire che quando trattasi d'una inscrizione presa per ipoteca legale, essa è valida quantunque il credito, essendo indeterminato, non siasi determinato colla iscrizione. È questo il risultato dell' art. 2153 ✳ 2047 del Codice, col quale si prescrivono delle forme particolari per le ipoteche legali, le quali derogano, in certe parti, alle forme stabilite per la inscrizione delle ipoteche ordinarie. Nella terza parte di questo articolo si dice che le note da presentarsi per la inscrizione conteranno soltanto la natura dei dritti da conservarsi e la somma del loro valore quanto agli *oggetti determinati*, senza l' obbligo di fissarlo per quei dritti che sono condizionali eventuali o *indeterminati*. Parlando nel num. 84 delle forme della inscrizione in generale ò ricordato i motivi che nel caso d'ipoteche legali avevan fatto dispensare al rigore delle formalità generali.

Limitandomi a quel che riguarda l' applicazione di questo art. 2153 ✳ 2047, osserverò che il credito il quale fu l' oggetto della inscrizione dev' essere valutato, semprecchè la somma sia determinabile, e che nel solo caso in cui siffatta determinazione fosse impossibile la valutazione del credito non è necessaria nel prendersi inscrizione. Si comprende ch' egli era giusto di distinguere tra colui ch' è personalmente creditore e coloro che a motivo dell' impiego affidatoglisi, o degli obblighi loro imposti dalla legge sono obbligati di prendere iscrizione ne' casi indicati dall' art. 2153 ✳ 2047. Al-

lorchè trattasi di colui al quale è dovuto un credito personalmente, la valutazione è di rigore, poichè questo creditore à tutt' i documenti necessarj per far conoscere ai terzi interessati l' oggetto della inscrizione. Ma quando trattasi di pubblici impiegati, incaricati in questa qualità di prendere inscrizione, eglino possono aver bisogno di notizie per conoscere la somma del credito tra capitali ed accessorj. Se non potessero prendere inscrizione prima di procacciarsi tali notizie, potrebbe accadere che prima di questo momento vi fossero delle vendite o delle obbligazioni contratte dal debitore ed il credito si perderebbe. La redazione dell' art. 21 della legge di *brumaire* (novembre) relativa alle ipoteche legali, della natura di quelle di cui si tratta era più semplice, e sarebbe desiderabile che si fosse seguita nella redazione dell'art. 2153 ✳ 2047 del Codice ove si diceva.... « 2. La natura del dritto che trattasi di conservare, coll' epoca della sua origine *senza l' obbligo di determinare la somma.* » Deve considerarsi l' art. 2153 come se fosse stato concepito col medesimo spirito e nel senso medesimo.

Una decisione della Corte reale di Agen, del 29 giugno 1809, riferita da Sirey *tom. 10, 2. part. pag. 309*, è da osservarsi a questo riguardo. Erasi presa inscrizione su i beni di un ricevitore particolare di distretto, a favore del sig. Mas ricevitor generale del dipartimento del Gers. Si disse ch' era per la sicurezza di un credito *indeterminato* dovuto per l' esigenza delle contribuzioni del primo distretto del dipartimento del Gers, e risultante dalla detta esazione. I creditori del ricevitore particolare che fu espropriato, impugnarono la validità dell' inscrizione perchè non contenea la valutazione del credito; perchè dallo spirito dell' art. 2153 ✳ 2047 risulta che nei casi enunziati in

questo articolo se si può prendere inscrizione per un credito indeterminato, è solo allora ch' è impossibile di fissarne la somma al momento della inscrizione; ma che il ricevitor generale non trovavasi in questo caso, poichè conoscendo le somme dovute, e i pagamenti fatti, poteva ben egli fissarla, almeno approssimativamente. Ma la inscrizione fu dichiarata valida. È secondo lo spirito della legge che nel caso in disputa non si usi tanto rigore sul difetto della determinazione del credito. È giusto che i terzi i quali conoscono la inscrizione, prendan essi, prima di contrarre col debitore le notizie proprie a fargli conoscere i rischi che correr possono.

I creditori contestavano benanche la validità della inscrizione per un' altra ragione. Essi la ricavavano dal modo con cui il ricevitor generale aveva figurato nel prendere inscrizione: essi dicevano che parea come se l' avesse presa a suo favore anzicchè a favore del governo e come mandatario di questo: che quindi la inscrizione non facea conoscere il vero nome del creditore. Ma questo mezzo fu rigettato ragionevolmente dalla decisione, perchè la qualità colla quale il sig. Mas aveva presa inscrizione, e la natura del credito, indicavano a sufficienza ch' essa era stata presa per conto del governo; cosicchè il creditore era bastantemente conosciuto. Rammenterò qui quello che ho detto altrove, esser sempre a proposito che le inscrizioni sien prese in nome dello stabilimento ch' è creditore, *a cura e diligenza degli agenti* che sono mandatarj dello stato o degli stabilimenti medesimi.

(Chi presta cauzione per un contabile non vanta contro di lui veruna ipoteca legale).

291. Ma quegli che si è reso garante pel contabile a fronte del governo o de' pubblici stabilimenti, non ha contra il contabile che è garentito la stessa ipoteca legale alla quale questo è soggetto verso il governo o stabilimento pubblico. Niuna legge ammette questa ipoteca in favor del garante contra il garentito; e, non può replicarsi abbastanza, le ipoteche legali non debbono moltiplicarsi in onta della legge. Ecco quello ch' è stato giudicato da una decisione della Corte di cassazione, del 3 settembre 1808. *Denev. anno 1808, pag. 475.* Il motivo della decisione è quanto semplice altrettanto decisivo: « Poichè non trattavasi di una inscrizione presa dal governo a danno di un amministratore delle rendite pubbliche, o del suo mallevadore, ma dell' ipoteca *a favore del garante contra il garentito.* » Quindi il garante dee procurarsi rapporto a colui che garentisce, una ipoteca speciale, e la sua inscrizione dev' esser presa con tutte le formalità prescritte dalla legge per siffatte ipoteche. Ben si ravvisa la differenza che trovasi, in quanto agli effetti, tra questa e l' ipoteca legale. Questa è generale, colpisce tutt' i beni presenti e futuri, e le forme della inscrizione sono meno rigorose. Il garante che non avesse presa la precauzione di stipulare un' ipoteca speciale, non avrebbe altra risorta tranne quella derivante dal num. 3. dell' art. 1251 ✳ 1204 del Codice civile, e nel caso soltanto in cui egli soddisfacesse il credito. Egli allora sarebbe *ipso jure* surrogato a tutti gli effetti e privilegj del creditore: e se una iscrizione divenisse necessaria in suo nome, egli dovrebbe prenderla tanto in forza del titolo costi-

tutivo del credito, quanto in forza dell' atto dimostrativo del pagamento da esso fattone.

(L' ipoteca legale à luogo contra i garanti dei contabili come ha luogo contro di questi ?)

292. Ma potrebbe chiedersi se la ipoteca legale stabilita contro ai contabili abbia anche luogo contra i di loro garanti. Ciò che avrebbe potuto far nascere qualche difficoltà a questo riguardo si è quel che leggesi nel motivo della decisione da me or ora citata. Ivi dicesi che già non trattavasi di una inscrizione presa dal governo contro un amministratore delle pubbliche rendite, o *contra il suo garante*, ec. Queste ultime espressioni farebbero supporre che l'ipoteca legale avrebbe avuto luogo contro al garante, mentrecchè essa non doveva aver luogo in favor del garante e a danno del garentito.

Nondimeno è fuor di dubbio che l' ipoteca legale non à luogo contra il garante. Quello che à fatto mettere nella decisione l' espressione da me riferita si è ch'essa è stata emanata in un affare che traeva la sua origine vigente la legge di *brumaire* anno 7 (novembre 1799.) Ora l' art. 21 di questa legge conteneva dell' espressioni affatto particolari. Vi si diceva: « Ogni dritto d' ipoteca legale o *convenzionale* 1. a favore della nazione sugli amministratori delle pubbliche rendite a motivo della loro amministrazione, e su i loro garanti *circa i beni dati in garentia.* » Venivano in seguito le ipoteche legali dei minori e degl' interdetti, quelle delle mogli. Questo articolo modificava, riguardo a queste inscrizioni le formalità stabilite dall' art. 17 per le inscrizioni relative alle ipoteche generali. Che cosa risultava da questo articolo rapporto ai garanti degli amministratori delle

rendite pubbliche? Non un'ipoteca legale. Basta a convincersene la restrizione che risulta da queste parole: *E su i loro garanti circa i beni dati in garentia.* Un' ipoteca che cade sopra immobili necessariamente determinati non possono costituire un' ipoteca legale, che per sua natura cade sopra tutt' i beni presenti e futuri. Laonde bisogna credere che, giusto perchè questo art. 21, per ciò che riguarda le cauzioni, prendeva di mira un' ipoteca meramente convenzionale, vi si dice sul principio: *Ogni dritto d'ipoteca legale o* CONVENZIONALE. Bisognava intendere queste parole in un modo distributivo. Le parole o *convenzionale* riferisconsi solo all' ipoteca sopra i garanti. Le parole d'*ipoteca legale*, si riferiscono alle altre ipoteche di cui si si è parlato. Nondimeno nell' articolo rimaneano alcune disposizioni relative ai garanti: ma esse eran relative alle formalità delle inscrizioni.

Quindi, a' norma di questa legge medesima, non vi era ipoteca legale in favor del governo. Questa ipoteca ora più non esiste contra i garanti poichè niuna delle nuove leggi l' ammettono. Ma non vi è neppure niuna legge nuova che stabilisca un cambiamento di forme nella inscrizione, rapporto ai garanti dei contabili, rispetto alle formalità stabilite per le inscrizioni in generale. Dessi dunque riguardar l' ipoteca risultante dalle obbligazioni dei garanti, come un'ipoteca puramente speciale, sommessa alle formalità delle inscrizioni stabilite dal Codice civile per questa specie d' ipoteche.

(Di ciò che tien luogo di riduzione per le ipoteche legali su i contabili.)

293. Fino ad ora, dopo di avere parlato di ciascuna specie d'ipoteca, ò esposti i principj relativi alla riduzione o limitazione di ognuna di esse.

Debbo dir dunque una parola per ciò che à riguardo alle ipoteche legali contra i contabili.

Vi è troppa diversità tra queste ipoteche, e le altre ipoteche legali perchè i principj possano essere i medesimi. L' esercizio dei dritti del tesoro pubblico viene affidato agli agenti del governo. Questo esercizio è sistemato da leggi e regolamenti particolari, e specialmente dalla legge del 5 settembre 1807, comune ancora al tesoro della corona. Tutta questa parte è sotto la giurisdizione dell' autorità amministrativa, come doveva essere. Il potere giudiziario non estende la sua competenza che all' esecuzione su i beni, vale a dire per gli atti di espropriazione, arresti e procedure. L' amministrazione estende, o restringe i privilegj e le ipoteche legali secondo che lo esige la circostanza del contabile. Questo ottiene, quando vi è luogo la riduzione ed anche la radiazione delle inscrizioni prese in nome del tesoro pubblico dai suoi agenti. Le regole da seguirsi, a questo riguardo, son principalmente segnate negli art. 7, 8, e 9 della legge del 5 settembre 1807, relativa ai dritti del tesoro. La seconda legge relativa al modo di ricuperare le spese del giudizio in materia criminale si limita a stabilire dei privilegj di cui io parlerò nel cap. 4.

Fine del secondo Tomo.

AVVERTIMENTO.

Alcuni errori son corsi nella stampa del primo tomo della presente opera. Si era nel voto di fare una *errata corrige* infine del secondo tomo: ma si è dovuto posporla alla fine dell'opera, e per non ritardar di vantaggio la distribuzione del secondo tomo, e perchè si vuol dar conoscenza de' moltissimi errori di stampa dell' originale francese, che per altro sono stati tutti emendati nella traduzione.

TAVOLA

DE' CAPITOLI, E SEZIONI

DEL SECONDO VOLUME.

Sez. III. — Delle cose che sono, o no capaci d' ipoteca. Indivisibilità dell' Ipoteca e solidalità che ne risulta.....pag. 5

§. 1 *Cose capaci, o no, d' ipoteca*..... *ivi*

140. (Principj generali intorno a ciò ch' è, o non è capace d' ipoteca)..... *ivi*

141. (I mobili non sono capaci d' ipoteche)... 10

142. (Della immobilizzazione de' frutti, o somme che li rappresentano, in favor de' creditori. Spiegazione de' principj relativi a ciò! Casi nei quali se ne fa l' applicazione)..... 11

143. (Dell' enfiteusi)..... 23

144. (Dell' ipoteca sull' usufrutto consolidazione dell' usufrutto colla nuda proprietà solamente ipotecata. Dell' alluvione)..... 24

145. (Del caso in cui quegli che à ipotecato l' usufrutto soltanto, divien quindi proprietario anche del fondo)..... 26

146. (Che cosa n' è in questo caso dell' usufrutto ipotecato?)..... 28

147. (Del cambiamento cui van soggete le cose ipotecate, tanto in proprietà che in usufrutto). 29

148. (Dell' aumento di estensione de' fondi ipotecati, e della loro diminuzione)..... 32

149. (Del semplice aumento di valore per migliorie fatte)..... 35

150. (Effetti delle diminuzioni sopravvenute alla cosa ipotecata, relativamente a' creditori)..... 36

151. (Delle servitù prediali)..... *ivi*

152. (Azioni tendenti a rivendicare un immobile). 38

153. (Azion di ricompra. Azion rescissoria. Spiegazione dell' art. 2125 ✳ 2011 del Codice civile e delle sue conseguenze)..... 40

154. (Fragilità di un ipoteca costituita sopra di un fondo soggetto a patto di ricompra. Precauzioni da prendersi a questo riguardo)..... 50

155. (L' azione rescissoria produce la estinzione

dell' ipoteca. Il creditore ipotecario può conservare la sua ipoteca, pagando il supplemento del giusto prezzo a danno dell' acquirente soggetto all' azione rescissoria?) 51
156. (Di tutti gli altri dritti che operano la rinvendicazione del fondo ipotecato) 53
157. (Un dritto d' ipoteca non è per se medesimo capace di altra ipoteca. Della distribuzione *in sott' ordine* o subbalterna) 54
158. (De' dritti di successione. Osservazioni sulle trascrizioni delle vendite che ne son fatte. Senso dell' art. 2205. ✳ 2106 - del Codice civile. Determinar l' ipoteca del creditor di un coerede su' fondi che formano la sua quota) 56
159. (Effetto dell' ipoteca dalla quale vien gravata la porzione di un coerede in una eredità indivisa, quand' egli ne deve i frutti à suoi coeredi) 63
160. (De' censi e rendite costituite in danaro contante, create dopo la legge di brumaire anno 7. (novembre 1799) 67
161. (De' censi e rendite costituite in denaro, create prima della legge di *brumaire* (*novembre*) .. 68
162. (Del dritto di terraggiare o di decimare) .. 74
163. (Delle azioni o interessi nelle compagnie di finanze: del dritto di pedaggio) 75
164. (Azioni del Banco di Francia) 83
165. (Delle rendite sullo stato. Dei Majoraschi). *ivi*
166. (De' Navigli ed altri Bastimenti di Mare). 85
§. 2 — *Indivisibilità dell' ipoteca, e solidalità che ne deriva. Riduzione delle ipoteche convenzionali* .. 86
167. (Indivisibilità dell' ipoteca) ..... *ivi*
168. (Modificazioni del principio della solidalità, relativamente agli emigrati) 88
169. (Cose essenziali relative alla solidalità dell' ipoteca) 90
170. (Gli eredi del debitore non possono esser convenuti che personalmente per la loro parte e porzione, ed ipotecariamente per l' intero fondamento di questa regola) 92
171. (Costumanze che stabilivano una legislazione contraria. Osservazione sulla controversia della retroattività) 95

172. (L' erede del debitore può sottrarsi all' azione ipotecaria coll' abbandono del fondo ipotecato). 96
173. (L' Erede può sottrarsi all' azione ipotecaria col mezzo del rilascio, anche quando fosse stato condannato ipotecariamente per l' intero. Può giovarsi del beneficio della discussione). 98
174. (Regresso dell' erede che ha pagato il debito, contra gli altri) 99
175. (Dell' erede puro e semplice ch'è nel tempo stesso creditore personale ed ipotecario del defunto) 100
176. (Confusione che si opera colla riunione delle qualità di debitore e creditore) 102
177. (Solidalità de' censi; di quelli formati anticamente) 103
178. (Solidalità de' censi creati dopo il Codice civile) 106
179. (Diverse difficoltà prodotte del principio della indivisibilità dell' ipoteca, e specialmente del concorso delle ipoteche generali colle ipoteche speciali) 107
182. (Principio mercè cui può farsi giustizia a tutti i creditori ipotecarj che concorrono. Quarto Esempio) 118
183. (Esempio di mezzi fraudolenti che conviene allontanare) 120
184. (Rigetto del sistema di divisione proporzionale tra le ipoteche speciali, che concorrono con ipoteche legali o generali) 126
185. (Caso in cui, a motivo di una ipoteca speciale, soppravviene un ipoteca giudiziale).. 136
186. (Concorso d' ipoteche generali per censi, o rendite vitalizie e costituite, con ipoteche speciali) 139
187. (Del concorso delle ipoteche pe' crediti condizionali o eventuali, con altre ipoteche) 151
188. (Riduzione dell' ipoteca convenzionale) ... 154
189. (Riduzione dell' ipoteca generale, e convenzionale anteriore alla legge di brumaire. (novembre.) ..... *ivi*
190. (Caso in cui un ipoteca generale vien modificata da una convenzione posteriore 155

CAP. II. *Dell' ipoteca giudiziaria*..... 157
191. (Divisione di questo capitolo)..... *ivi*
§. I. *Ipoteche che derivano da sentenze rese da tribunali francesi, o da sentenze arbitrali rese in Francia*..... *ivi*
192. (Ipoteca giudiziaria secondo il dritto romano, e secondo il dritto Francese)..... *ivi*
193. (Effetto della generalità dell' ipoteca giudiziaria, in quanto alla forma colla quale può essa iscriversi)..... 162
194. (Può prendersi iscrizione in forza di una sentenza non ancor intimata al patrocinatore, o alla persona o al domicilio ?)..... 166
195. (Di una sentenza contumaciale in caso di dimanda di ricognizione di un' atto di obbligo steso con iscrittura privata)..... 170
196. (Dell' appello e dell' opposizione avverso una sentenza)..... 174
197. (Dell' incompetenza del tribunale che à pronunziata la condanna o che à avuta per riconosciuta la scrittura)..... 178
198. (Quando può domandarsi la ricognizione di un obbligo prima della sua scadenza.)..... 181
199. (Delle lettere di cambio, e degli effetti commerciali fatti con la scadenza del termine). 183
200. (Un' aggiudicazione fatta all' incanto sulla autorità di un tribunale o di un giudice delegato da questo produrrà ipoteca giudiziaria!)..... 187
201. (Vi è ipoteca giudiziaria quantunque le condanne contenute nelle sentenze sieno indeterminate.)..... 190
202. (Quali fra gli atti ch' emanano da' giudici di pace, posson considerarsi come sentenze produttive d' ipoteca?)..... 191
203. (Sentenze profferite dagli arbitri.)..... 197
204. (L' iscrizione presa in forza dell' ipoteca generale colpisce tutt' i beni che pervengono in seguito al debitore, sebben questi cessi di possederli)..... 200
205. (Caso in cui il debitore si ammogli)..... 201
206. (Quando un debitore che à un fondo soggetto a un' ipoteca generale e permuta questo fondo, e questo è quello che riceve in permuta

rimangon forse simultaneamente gravati da questa ipoteca generale?)..... 202
§. II. *Dell' ipoteca che può derivare da sentenze di tribunali stranieri, e da sentenze di arbitri profferite in paesi stranieri*..... 207
207. Principj relativi all' effetto delle sentenze pronunziate in paesi stranieri)..... *ivi*
208. (La facoltà di chiedere ai tribunali di Francia la revisione di sentenza pronunziata in paese straniero è reciproca al forestiero ed al francese?)..... 211
209. (I principj son pure i medesimi pei tribunali di commercio)..... 217
210. (E' indifferente che l' una o l' altra delle due parti sia stata attrice, rea convenuta, o interventrice in causa)..... *ivi*
211. (Conseguenze del fin qui detto. Procedure formate in paese straniero)..... 218
212 (Eccezioni relative alle sentenze emanate da' consoli francesi in paese straniero)..... 219
213. (Delle sentenze emanate da arbitri in paese straniero)..... 220
214 (Modo di eseguire in Francia le sentenze pronunziate in paese straniero)..... 221
215. (Esempj di reciprocanza stabilita a questo riguardo)..... 222
216. (Un semplice uso, od una legge soltanto locale non bastano ai giudicati profferiti in paese straniero l' autorità della cosa giudicata.) 224
217. (Quistioni nascenti dall' essersi riuniti alla Francia, molti paesi stranieri)..... 228
218. (Delle sentenze emanate a favore de francesi contra gli abitanti di paesi stranieri, già riuniti alla Francia)..... 229
219 (Delle sentenze ottenute contra francesi dagli abitanti di un paese straniero, riuniti in seguito alla Francia)..... 234
220. (La separazione politica de' paesi già riuniti alla Francia, non deroga alle ipoteche acquistate durante la riunione)..... 242
221. (Quistioni ch' emergono da ciò che si è detto) *ivi*
222. (Riflessioni morali e politiche sulla legislazione relativa all' esecuzione in Francia de'

giudicati profferiti in paese straniero tra un abitatore di questo paese ed un francese) 246
223. (Riduzione dell' ipoteca giudiziale) 251
Cap. III. *Delle Ipoteche legali* 252
224. (Diffinizione delle ipoteche legali. Idee generali sui casi in cui esse hanno luogo) ..... *ivi*
Sez. I. *Dell' ipoteca legale o tacita delle donne maritate sopra i beni de' loro mariti* 256
§. I. *Principj generali su questa materia* ..... *ivi*
225. (Principj del dritto romano intorno all' ipoteca legale) ..... *ivi*
226. (Affinità della legalità dell' ipoteca coll' inalienabilità de' beni dotali) 258
227. (Principj del Codice civile intorno all' ipoteca legale delle mogli. Perchè non è soggetta alla iscrizione) 260
228. (Esame delle ragioni che possono opporsi alla restrizione fatta in certi limiti della facoltà accordata all' ipoteca legale di non essere iscritta) 267
229. (Per quali cose l'ipoteca legale convien che sia iscritta. Essa dev' esserlo per le ripetizioni estradotali) 271
230. (Recente decisione di una Corte reale, che decide benanche la quistione con una circostanza particolare) 282
231. (Osservazioni sugl' interessi della dote, e sulle spese per la domanda di separazione di beni) 288
232. (Quale ipoteca compete alla moglie sopra i beni del marito pe' suoi dritti parafernali ? Quale n' è la natura ?) 290
233. (Dell' epoca dell' ipoteca legale della moglie pe' capitali dotali riscossi dal marito durante il matrimonio) 295
234. (Di alcune difficoltà insorte anticamente, e che insorger possono anche oggi, sull' autenticità delle quietanze della dote) 301
235. (Modificazioni dell' ipoteca legale riguardo alle mogli de' falliti) 309
236. (Quistioni importanti sull' articolo 2135 ✳ 2021 in ordine alla retroattività rapporto a terzi ed alla donna maritata prima del Codice civile) 310

237. (Prima quistione dell'ultima parte dell'articolo 2135 ✳ 2021) ..... *ivi*
238. (Seconda quistione. Effetto dell'articolo 2135 ✳ 2021 per le donne maritate prima della promulgazione del Codice civile) 311
239. (Come regolarsi in alcuni casi quando la legge, vigente la quale la donna si è maritata, fissa l'ipoteca in un modo diverso da quello che la fissi l'articolo 2135 ✳ 2021 del Codice civile) 315
240. (Quando la moglie si obbliga con suo marito, sotto l'impero del Codice civile, la sua ipoteca, per la sua idennità, vien regolata dal Codice, o dalla legge in vigore a tempo della contrazione del matrimonio?) 318
241. (L'ipoteca pel rinvestimento del prezzo de' beni della moglie, alienati sotto l'impero del Codice civile si regola coll'articolo 2135 ✳ 2021. ovvero colla legge in vigore al tempo che fu contratto il matrimonio?) 320
242. (Per le successioni apertesi, e per le donazioni fatte sotto l'impero del Codice civile, la moglie à l'ipoteca dal dì del matrimonio, se ciò risultasse dalla legge allore in vigore, ovvero a contar solo dall'epoca stabilita dall'articolo 2135 ✳ 2021 ?) 322
243. (L'ipoteca legale prende origine dal dì dei capitoli matrimoniali, o dal dì dell'atto dello stato civile fatto pel matrimonio) 325
244. (Due casi ne' quali la facoltà di non doversi iscrivere l'ipoteca legale, cessa cessando il titolo di sposa) 331
245 (Terzo caso nel quale venendo a cessare il titolo di sposa dovrebbe cessare del pari la esenzione dall'obbligo d'iscrivere 334
246. (Dell'effetto che aver debbono in Francia i contratti di matrimonio stipulati in paese straniero, perciò che riguarda l'ipoteca) 339
247. (Distinzioni da farsi a questo proposito.) 343
248. (L'ipoteca legale può esercitarsi sopra tutt' i beni del marito, ed anche sopra di quelli acquistati dopo della comunione, e quindi rivenduti) 347

249. (La purgazionne dell' ipoteca legale è una importante precauzione per qualsivoglia acquirente) 352
250. (Per quali altre ragioni è necessario di purgare il fondo dall' ipoteca legale) 355
251. (Rischi che corre colui il quale presta ad una persona i cui beni sono gravati da ipoteche legali, anche quando sembra solvibilissima). 358
252. (Delle obbligazioni della moglie. Ella può nella regola della comunione consentire che si radiino le iscrizioni da lei prese sopra i beni del marito) 361
253. (Il timor dell' esercizio dell' ipoteca legale della moglie non può servir di base ad una iscrizione presa su i di lei beni, quando ella stessa sarebbe mallevadrice dell' esercizio della sua azione ipotecaria; in questo caso essa può chiederne la radiazione) 363
254. (Della semplice obbligazione contratta dalla moglie) 365
255. (Surrogazione fatta dalla moglie alla sua ipoteca dotale) 367
256. (Vi sono due specie di surrogazione; l' una espressa e l' altra tacita) 373
257. (Osservazioni concernenti la preferenza accordata alla surrogazione sulla semplice obbligazione) 376
258. (Regole da seguirsi nel caso della vendita fatta congiuntamente dal marito e dalla moglie). 383
259. (Affinchè i creditori della moglie potessero riscuotere le somme per le quali venne essa collocata, è necessario che sia separata di beni). 383
260. (Il marito avendo venduti i fondi dotali della moglie nella regola dotale, questa può reclamarne il prezzo contro ai creditori del marito, senza rivendicare i suoi beni venduti? Può ella esercitare le sue azioni dotali col mezzo della collocazione, vivente il marito, e senza essere separata di beni?) 390
261. (Di alcune controversie che dipendono dalla conciliazione dell'antica colla nuova legislazione relativamente alle obbligazioni delle donne maritate) 408

262. (Del caso in cui lo statuto reale era in opposizione collo statuto personale, e del caso in cui può attualmente dirsi che uno statuto reale sia abolito) 419
263. (Dell' ipoteca legale ne' casi di riversione convenzionale, e di una disposizione col peso di restituire i beni) 426
Dissertazione sulle ipoteche legali delle vedove e delle donne maritate 429
§. II. *Mezzi suggeriti dalla legge per la conservazione e riduzione delle ipoteche legali in favore delle mogli, dei minori e degli interdetti e per la sicurezza dei terzi* 465
264. (Mezzi atti a conservare le ipoteche delle mogli e dei minori) ..... *ivi*
265. (La trascrizione è inutile per la purgazione delle ipotechi legali) 469
266. (La donna maritata perde assolutamente ogni dritto sul prezzo del fondo venduto dal marito, sebbene non abbia presa inscrizione nei due mesi a contar dell' affisso del contratto nella sala di udienza?) 470
267. (Facoltà e modo di restringere l' ipoteca legale.) 473
268. (Caso in cui si rivoca la riduzione) 475
269. (Osservazione importante della riduzione di un' ipoteca legale accordata da una moglie di età minore) 476
270. (La riduzione sopra certi fondi del marito può aver luogo per le ipoteche legali antiche). 480
271. (Osservazioni sopra un inconveniente il quale credesi che derivi dal modo di purgar le ipoteche legali della moglie) 482
Sez. II. Dell' ipoteca legale de' minori e degl' interdetti sopra i beni de' loro tutori 485
272. (Origine a favore di questa ipoteca) ..... *ivi*
273. (La sola tutela deferita dalla legge è produttiva d' ipoteca legale) 486
274. (Non vi è ipoteca legale contra i tutori surrogati e contra i curatori.) 491
275. (Caso della *protutela* quando vi sono dei beni nelle colonie) 492
276. (Del tutore in una sostituzione) 493

Digitized by Google

277. (Il figlio minore à egli un' ipoteca legale contro al padre che amministra i di lui beni durante il matrimonio?) 493
278. (Decisione che risolve la quistione trattata nel numero precedente) 497
279. (Caso in cui una moglie emancipata pel matrimonio, rimanga vedova prima dei quindici anni, ed in cui suo padre dal dì della di lei vedovanza abbia l' usufrutto di tutt' i di lei beni.) 499
280. (Dell' ipoteca dei minori nel caso che la loro madre passi a seconde nozze) 503
281. (La tutela ufficiosa in fatto di adozione dà luogo all' ipoteca legale?) 510
282. (Per quali cose il minore ha la ipoteca legale. Di ciò ch' è dovuto dal tutore al minore) 511
283. (Non vi è ipoteca legale pel minore divenuto maggiore o morto prima del Codice civile). 512
284. (Dell' ipoteca in Francia, per tutela deferita in paese straniero) .....
285 (Riduzione delle ipoteche legali dei minori ed interderti. Formalità delle iscrizioni che vi sono relative.) 516
Dissertazione sulle ipoteche legali dei minori e degl' interdetti 517
Sez. III. Delle ipoteche legali dello stato comuni e stabilimenti pubblici sopra i beni dei ricevitori ed amministratori contabili 525
286. (Idee generali su questa terza specie d' ipoteca legale) ..... *ivi*
287. Quali sono gli stabilimenti che ne godono? quali sono le persone i beni di cui ne sono gravati) 526
288. (Pericoli che vi sono nell' estendere le ipoteche legali a certi amministratori e contabili). 530
289. (I dritti del tesoro pubblico, e di quello della corona si dividono in privilegj ed in ipoteche) 532
290. L' inscrizione di un ricevitor generale di provincia a danno d' un ricevitor distrettuale è valida sebben la cosa non fosse stata valutata nel prendersi inscrizione?) 533

291. (Chi presta cauzione per un contabile non vanta contra di lui veruna ipoteca legale)... 537
292. (L' ipoteca legale à luogo contra i garanti dei contabili come ha luogo contro di questi?) 537
293. (Di ciò che tien luogo di riduzione per le ipoteche legali su i contabili)..... 538

FINE.

A 11463971

Digitized by Google

Digitized by Google

169
a
24

Digitized by Google